Streikrecht oder Streikfreiheit?

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität zu Rostock

Eingereicht von

Referendar Gerhard Reinhold
Alt-Käbelich

*

1927

Referent: Professor Dr. Tatarin-Tarnheyden

Lehmann & Bernhard, Verlagsbuchdruckerei, Schönberg i. Mecklb.

Meinen Eltern!

Literaturverzeichnis.

Allekotte, Die Beamten und das Streikrecht, 1920.

Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. 8. 1919, 3. Auflage, 1926.

Bendix, Das Streikrecht der Beamten, 1922.

Bernatzik, Kritische Studien über den Begriff der juristischen Personen, i. „Arch. f. öffentl. Recht", 1890, Bd. 5.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, 1902 und 1905.

Bornhak, Preußisches Staatsrecht, 1911/12.

Burkhardt, Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 1907.

Bühler, Die subj. öffentl. Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtssprechung, 1914.

— Streikrecht oder nur Streikfreiheit, i. „Arbeitsrecht", Bd. 9, S. 562.

Damm, Das Streikrecht der Beamten, i. „Deutsch. Juristen-Zeitung", 1919, S. 785, 1920, S. 903.

Dernburg, Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reiches und Preußens, 2. Aufl., 1908.

Eisele, Das Streikrecht, unter besonderer Berücksichtigung des Beamtenstreikrechts, Dissertation, Heidelberg, 1923.

Elster, Streik als Vertragsbruch, i. „Arbeitsrecht", Bd. 6, S. 98.

Enneccerus-Kipp-Wolf, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 18. bis 21. Auflage, 1923.

Erdel in Kallees „Auskunftei des Arbeitsrechts", und zwar die Blätter über Arbeitsvertrag, Arbeitsverweigerung, Arbeitswillige, Aussperrung, Betriebsstillegung, Entlassung, Koalitionsrecht, Kündigung, Schadensersatz, Streik, Streikarbeit, Vertragsbruch, Verzug, wichtiger Kündigungsgrund.

Erdmann, § 152 GewO durch Art. 159 RV aufgehoben? i. „Arbeitgeber", 1923, S. 148.

— Die zivilrechtliche Haftung bei Streik und Boykott, ebenda 1921, S. 221.

— Die zivilrechtliche Haftung der Gewerkschaften, ebenda, 1921, S. 256.

Flatow, Kommentar zum Betriebsrätegesetz, 1922.

Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 6. u. 7. Aufl., 1922.

Frielinghaus, Zur Frage des Streiks in gemeinnötigen Betrieben, i. „Arbeitsrecht", 1920, S. 717.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1925.

Gätcke, Das Vereinigungsrecht, 1921.

von Gerber, Über öffentliche Rechte, 1852.

Giese, Die Grundrechte, 1905.

— Die Verfassung des Deutschen Reiches, 7. Aufl., 1926.

Groh, Koalitionsrecht, 1923.

Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 7. Aufl., 1924.

Hubrich, Das demokratische Verfassungsrecht des Deutschen Reiches, 1921.
Jellinek, Georg, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 1914.
— System des subj. öffentl. Rechts, 2. Aufl., 1919.
— Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 1895, 3. Aufl., 1919.
Jellinek, Walter, Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 1913.
Ihering, Der Zweck im Recht, 3. Aufl., 1893.
— Geist des römischen Rechts, 2. Aufl., 1871.
Karger, Die rechtlichen Folgen des Streiks und der Aussperrung, i. „Arbeitgeber", 1924, S. 154.
Kaskel, Arbeitsrecht, 1925.
— Koalitionen und Koalitionskampfmittel; arbeitsrechtliche Seminarvorträge, 1925.
— Zur Lehre vom Tarifbruch, 1923.
Kelsen, Hauptprobleme der Staatslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz, 1911.
Kuhlemann, Zur Frage des Streikrechts der Beamten, i. „Deutsche Juristen-Zeitung", 1922, S. 137.
Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., 1911.
von Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, 7. Aufl., 1925.
Ledig, Schadensersatzpflichten bei vorzeitiger Lösung des Arbeitsverhältnisses, i. „Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht", 1924, Sp. 344.
Lewinsohn, Streik und Kündigung, i. „Arbeitsrecht", Bd. 7, S. 99.
Lion-Levy, Streik, Aussperrung und Boykott nach geltendem Rechte, i. „Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht", 1920, Sp. 530.
Loening, Arbeitsvertragsbruch, i. „Handwörterbuch der Staatswissenschaften", Bd. 1, 3. Aufl.
Lohmeier, Über das Streikrecht der Beamten, i. „Preuß. Verwaltungsblatt", 1919, S. 87 und 113.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag, 1902 und 1908.
Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1924.
Meißner, Das Staatsrecht des Reichs und der Länder, 2. Aufl., 1923.
Melsbach, Deutsches Arbeitsrecht, 1923.
— Vertragsbrüchige Streiks und Aussperrungen, 1912.
Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., 1919.
Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, 1921.
— Koalitionsrecht und Streikrecht, i. „Gesetz und Recht", 1923.
— Zur Frage der Haftbarkeit der Berufsvereine, i. „Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht", 1921, Sp. 295.
Pannier, Das Reichsvereinsgesetz, 1911.
Potthoff, Wörterbuch des Arbeitsrechts, 1920.
— Zum Begriff des Streiks, i. „Arbeitsrecht", Bd. 11, S. 31.
— Der Streik als Rechtsfrage, ebenda, Bd. 6, S. 91.
Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914.
Richter, Das subj. öffentl. Recht, i. „Arch. f. öffentl. Recht", 1925, S. 1.
Roeckner, Die strafrechtliche Bedeutung des Streiks, Dissertation, Königsberg, 1911.
Romen, Das Vereins- und Versammlungsrecht der Gewerkschaften und Gewerkvereine, 1917.

Schuppe, Der Begriff des subj. Rechts, 1887.
Schwarz, Über die Bedeutung der juristischen Person, i. „Bürgerliches Archiv", Bd. 32, S. 12.
Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 1921.
Stahl, Philosophie des Rechts, 2. Aufl.
Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, 1911.
– Wirtschaft und Recht, 2. Aufl., 1906.
– Rechtsphilosophie, 1922.
– Die Lehre vom richtigen Recht, 1926.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., 1925/26.
Stier-Somlo, Reichs- und Landesstaatsrecht, Bd. 1, 1924.
Tatarin-Tarnheyden, Die Berufsstände, ihre Stellung im Staatsrecht und die deutsche Wirtschaftsverfassung, 1922.
– Staat und Recht, i. d. Festgabe für Stammler, 1926.
Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878.
Vöge, Der Beamtenstreik, Dissertation, Breslau, 1923.
Windscheid-Kipp, Pandekten, 9. Aufl.
Winter, Zur Frage des Streikrechts der Beamten, 1919.
Zitelmann, Internationales Privatrecht, 1897.
Zorn, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 2. Aufl., 1905.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549216_0163

Gliederung.

Seite

§ 1 Aufgabe der Arbeit und begriffliche Abgrenzung 9

I. Teil.

§ 2 Die allgemeinen Grundlagen des subjektiven öffentlichen Rechts . . 10

§ 3 Der Begriff des subjektiven Rechts 18

§ 4 Der Unterschied zwischen dem subjektiven privaten Recht und dem subjektiven öffentlichen Recht. Definition des subjektiven öffentlichen Rechts 21

§ 5 Die Grundlagen der allgemeinen bürgerlichen Freiheit 29

§ 6 Die rechtliche Natur der Grundrechte 33

II. Teil.

§ 7 Die geschichtliche Entwickelung des deutschen Koalitionsrechtes bis zum Jahre 1918 37

§ 8 Die rechtliche Bedeutung des § 152 der Gewerbeordnung . . . 40

§ 9 Das Reichsvereinsgesetz von 1908 und sein Verhältnis zum § 152 der Gewerbeordnung 44

§ 10 Der Artikel 159 der Reichsverfassung 48

§ 11 Die wahre Natur des sog. Streikrechts 55

§ 12 Die gesetzlichen Einschränkungen der Streikfreiheit, unter besonderer Berücksichtigung des Beamtenrechts 64

§ 13 Der Streik und seine Rechtsfolgen 71

§ 14 Schlußbetrachtung 87

§ 1.

Aufgabe der Arbeit und begriffliche Abgrenzung.

Die im Laufe des letzten Jahrhunderts nach englischem Vorbilde erfolgte starke Industrialisierung Deutschlands, und die Hand in Hand mit ihr gehende Entwickelung und wachsende wirtschaftliche wie politische Bedeutung des vierten Standes haben die bis dahin nur wenig in Erscheinung tretende Frage des Arbeitskampfes zu einem der wichtigsten Probleme des heutigen Staatslebens werden lassen. Hatte der Staat im Mittelalter und in den folgenden Jahrhunderten den relativ kleinen Teil der gewerblich tätigen, arbeitnehmenden Bevölkerung zugunsten der Arbeitgeber mühelos entrechten und niederhalten können, so mußte er jetzt dem allgemeinen Wunsche der immer weitere Schichten des Volkes umfassenden Arbeitnehmerschaft nach Anerkennung und Einfluß Rechnung tragen. Das Streben des vierten Standes ging vor allem nach Vereinigung der einzelnen machtlosen Arbeiter, um durch ein geschlossenes Auftreten die Interessen und Wünsche seiner Mitglieder wirksam wahrnehmen zu können. So entstanden die um die Mitte des vorigen Jahrhunderts nach langen Kämpfen vom Staate anerkannten Arbeitnehmervereinigungen, deren Hauptkampfmittel der Streik war. Er bedeutet begrifflich die gemeinsame Arbeitsniederlegung einer Mehrheit von Arbeitnehmern zum Zwecke der Erkämpfung günstigerer Arbeitsbedingungen.[1])

Der Sprachgebrauch hat namentlich in den letzten Jahren den Ausdruck „Streik" auch auf andere Gebiete und wirtschaftliche Erscheinungen übertragen und ihn verallgemeinert. So spricht man heute von Schüler-, Eltern- und Lehrerstreik, Ärzte- und Apothekerstreik, Erzeuger- und Verbraucherstreik u. a. m. Die folgende Untersuchung hat es nur mit der angegebenen arbeitsrechtlichen Bedeutung des Streiks zu tun.

Über die Rechtsgrundlagen und Rechtsfolgen dieser gemeinsamen Arbeitsniederlegung bestehen namentlich seit der Verkündung der Reichsverfassung von 1919 wenig klare und richtige Vorstellungen. Politische, soziale und wirtschaftliche Momente haben dazu beigetragen, eine starke Verwirrung insbesondere über die Natur des „Streikrechts" in den weitesten Schichten des Volkes hervorzurufen. In zahllosen Artikeln wird mehr leidenschaftlich als wissenschaftlich das Streik-

[1]) Kaskel, a. a. O. S. 306.

recht der Arbeiter, Angestellten und besonders der Beamten erörtert, ohne daß sich mit diesem Ausdruck eine feste Vorstellung von dem tatsächlichen Wesen dieses „Rechts" verbindet. Selbst in wissenschaftlichen Werken trifft man häufig auf eine, man kann wohl sagen, erstaunlich oberflächliche, unwissenschaftliche Verwendung der Schlagworte „Streikrecht" oder auch „Streikfreiheit". Die rechtliche Bedeutung und der Unterschied beider Begriffe wird vielfach nicht genügend erkannt. Solange es jedoch Stimmen gibt, die von einem Streikrecht reden, aber die Streikfreiheit meinen, wird der Kampf um das Streikproblem nicht zur Ruhe gekommen. — Die vorliegende Arbeit versucht zunächst auf dogmatischer Grundlage den zur Klärung des Problems maßgeblichen Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts, sowie die Bedeutung der sogenannten bürgerlichen Freiheit darzulegen und verwendet alsdann im zweiten, arbeitsrechtlichen Teil der Untersuchung das gewonnene Ergebnis zur Entscheidung der Frage über das wahre Wesen des sogenannten Streikrechts.

I. Teil.

§ 2.

Die allgemeinen Grundlagen des subjektiven öffentlichen Rechts.

1. Geschichtliche Entwicklung.

Die auf den Grundgedanken der Priorität des Rechts vor der staatlichen Rechtsordnung und der vertragsmäßigen Entstehung des Staates beruhende naturrechtliche Lehre des 18. Jahrhunderts sah den Staat lediglich als eine Anstalt zum Schutze des von ihm nicht geschaffenen, sondern nur anzuerkennenden Rechts an. Die Individuen wurden als Persönlichkeiten gedacht, die sich aus Zweckmäßigkeitsgründen durch den Staatsvertrag einem Gesamtwillen freiwillig unterstellt hatten, im übrigen aber ihrer zur Zeit der Entstehung des Staates schon bestehenden, „in den Sternen geschriebenen" absoluten rechtlichen Freiheit nicht verlustig gegangen waren. Im Gegensatz zu dieser individualistischen Auffassung beschäftigte sich die Literatur des positiven Staatsrechtes der damaligen Zeit namentlich in Deutschland fast ausschließlich mit dem absterbenden Ständestaat. Der Wissenschaft waren daher im allgemeinen lediglich Rechte der Staatsoberhäupter, Privilegien[2]) der Stände und Vorrechte einzelner Korporationen bekannt,

[2]) D. h. Rechte, welche unter Durchbrechung der objektiven Rechtsordnung das rechtliche Können und Dürfen der Berechtigten über das allgemein gültige Maß hinaus erweitern.

während die allgemeinen Untertanenrechte im wesentlichen nur in der Form von Pflichten des Staates, nicht aber von ausgeprägten rechtlichen Ansprüchen des einzelnen anerkannt wurden. Erst unter dem Einfluß der im Jahre 1789 nach amerikanischem Vorbilde von der französischen Konstituante beschlossenen Menschen- und Bürgerrechte entwickelte sich auf dem europäischen Kontinent eine klare Vorstellung von den subjektiven öffentlichen Rechten des Individuums. Es entstand nunmehr auch im positiven Recht der vorher nur dem Naturrecht bekannte Begriff des subjektiven Rechts des einzelnen Staatsgliedes gegenüber dem Staatsganzen. Zahlreiche deutsche Staaten garantierten ihren Untertanen wichtige öffentlich-rechtliche Ansprüche als sog. Grundrechte in den Verfassungsurkunden. —

Den ersten Versuch einer systematischen Untersuchung und streng juristischen Erfassung der öffentlichen Rechte machte 1852 C. F. v. Gerber.[3]) In Fortbildung der Gerberschen Gedanken, die nur als Grundstein des damals in seinem ganzen Umfange noch gar nicht erkennbaren Problems angesehen werden können, entstand innerhalb der Staatsrechtslehre ein Streit über die Existenzmöglichkeit der öffentlichen Rechte der Untertanen.[4]) Da jedoch eine Ablehnung dieses Rechtsbegriffs in konsequenter Durchführung zu der Annahme einer Allmacht des Staates über seine Untertanen führen würde,[5]) hat die Mehrzahl der Schriftsteller auf dem Gebiete des Staats- und Verwaltungsrechts, insbesondere aber die Praxis den Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts als einen gegebenen hingenommen und ausgebaut.[6])

2. Das Problem des Rechts.

Die Frage nach dem Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts führt zwangsläufig zu einer Erörterung des Wesens des subjektiven Rechts im allgemeinen und schließlich zu dem Ausgangspunkte jedes rechtlichen Lebens, zu dem Grundproblem des Rechts überhaupt.

Was ist das Recht?[7]) — Man sollte meinen, daß die Rechtswissenschaft schon seit langem Klarheit über diesen Begriff geschaffen hätte.

[3]) Über öffentliche Rechte, 1852.

[4]) Vgl. namentlich Laband, a. a. O. Bd. I, S. 137 ff.; Otto Meyer, a. a. O. Bd. I, S. 104 ff.; Bornhak, a. a. O. Bd. I, S. 268 ff.; ferner Seydel, Zorn u. a.

[5]) Stier-Somlo, a. a. O. S. 430.

[6]) Näher erörtert ist der Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts insbesondere von Georg Jellinek, Bühler, Schuppe, Richter, Bernatzik und Kelsen.

[7]) Mit dieser Fragestellung wenden wir uns gegen die nicht selten vertretene Ansicht, daß die letzte Frage der Rechtstheorie die nach der Quelle oder der Wurzel des Rechts sei. Nicht darum handelt es sich in letzter Linie, ob das Recht ein Erzeugnis von Macht und Gewalt ist, ob es vom Gesetzgeber oder aus dem Volksbewußtsein oder dem Rechtsgefühl des einzelnen unmittelbar hervorgeht, sondern um die Möglichkeit, eine einheitliche, bleibende Vorstellung von der Eigenart des Rechts zu gewinnen, die jederzeit auf die von ihm bestimmten, stets wechselnden rechtlichen Geschehnisse Anwendung findet.

Das ist aber nicht der Fall. Auch heute noch gilt Kants Spottwort: „Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriff vom Recht!" Es ist verschiedentlich versucht worden, den Rechtsbegriff durch Vergleichung der einzelnen Rechtseinrichtungen, der verschiedenen Rechtsordnungen, des Rechts mit verwandten außerrechtlichen Erscheinungen, etwa der Sitte und der Sittlichkeit, *rein empirisch* zu gewinnen. Dagegen spricht aber, daß man bei der Gegenüberstellung derartiger rechtlicher Erscheinungen den Begriff des Rechts, den man durch Induktion erst gewinnen wollte, bereits allgemein vorausgesetzt und im besonderen angewandt hat. Es ist daher nicht die Aufgabe der positiven Rechtswissenschaft, sondern die der Rechtsphilosophie, das Problem zu lösen. Zahlreiche rechtsphilosophische Denkrichtungen haben sich daher auch in eingehender Weise mit dieser Kardinalfrage beschäftigt, das Naturrecht ebensosehr wie schließlich der moderne Relativismus. —

Zwei voneinander grundverschiedene Hauptwege sind in der Theorie eingeschlagen worden, um zum Ziele einer klaren Vorstellung vom Rechte zu gelangen. Entweder suchte man die Natur des Rechts als eine von dem einzelnen Menschen unabhängige Macht zu erforschen, die an ihn von außen herantritt und sein äußeres Verhalten in absolut verbindlicher Weise bestimmt,[8]) oder man faßte das Recht als subjektives, d. h. innermenschliches Phänomen auf und führte sein Werden auf die menschliche Psyche zurück.[9]) Der erste Weg führt in das Gebiet der metaphysischen Spekulation. Er ist abzulehnen, da es nicht die Aufgabe der Rechtswissenschaft ist, den transzendentalen Wert menschlicher Institutionen zu erkennen. Das Recht ist eine den Menschen innewohnende Erscheinung; sein Träger ist aber nicht das abstrakte, von allen sozialen Beziehungen isolierte Individuum, sondern das Gesellschaftsmitglied, der Mensch als Angehöriger der menschlichen Gemeinschaft. Das Recht ist eine *soziale* Tatsache, die in uns, nicht außer uns ihren Sitz hat.

In dieser angegebenen Richtung hat Stammler[10]) in m. E. überzeugender tiefgründender Erforschung des menschlichen Innenlebens das Recht als ein „unverletzbar selbstherrlich verbindendes Wollen"

[8]) Hauptvertreter der sog. objektiven Theorien, die notwendigerweise mit dem Begriffsmerkmal des Zwanges operieren, ist Jhering (der Zweck im Recht, I, 1877, S. 318); vgl. ferner Jellinek, Somlo, Kelsen u. a.

[9]) Die subjektive Theorie wurde zuerst von O. v. Gierke vertreten (s. insbesondere „Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neusten Staatsrechtstheorien" in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 1874, Heft 1 und 2, Sonderdruck 1915). Weitere Anhänger namentlich Bierling, Stammler, Radbruch u. a. — Nähere Angaben über diese objektiven und subjektiven Theorien siehe bei Tatarin-Tarnheyden, Staat und Recht, S. 3 ff.

[10]) Theorie der Rechtswissenschaft, Halle, 1911.

bezeichnet.[11]) Da auf den Ursprung des Rechts auch späterhin immer wieder zurückgegriffen werden muß und diese Definition ohne eine nähere Erläuterung rätselhaft bleibt, so mag zunächst auf den Gedankengang Stammlers kurz näher eingegangen werden.

Das Recht ist als psychische Erscheinung ein Teil der menschlichen Vorstellungen, ein Teil unseres Bewußtseinsinhaltes, der in zwei streng voneinander zu scheidende Gebiete zerfällt: Die Welt der äußeren Wahrnehmung umfaßt alle unsere Gedanken, die sich nach der Denkform von Ursache und Wirkung auf das natürliche Geschehen, auf das *Werden* von Gegenständen beziehen. Der menschliche Wille dagegen richtet sein Augenmerk nach der Denkform von Zweck und Mittel auf das innere Erleben, auf das Sollen (und Nichtdürfen), auf den Wert (oder Unwert), auf das *Bewirken* von Gegenständen.[12]) Das Reich der Materie wird von unabänderlichen Naturgesetzen beherrscht; das Wollen des Menschen wird durch zahlreiche, variable Normen i. e. S. in bestimmten Schranken gehalten. Jenem kann das Recht nicht angehören; denn es ist weder ein räumlicher Gegenstand, noch läßt es sich als wissenschaftlicher Begriff zur Bestimmung von Wahrnehmungen verwerten.[13]) Es kann daher nur als eine *formale Eigenschaft des menschlichen Willens* aufgefaßt werden.[14])

Diese Tatsache wird offensichtlich, wenn man bedenkt, daß das Leben auf Interessenbefriedigung gerichtet ist und der Mensch mit der Steigerung und Komplikation seiner Bedürfnisse in wachsendem Maße mit anderen Individuen in Berührung tritt und auf diese angewiesen ist. Damit aber nicht in dem so bedingten Zusammenwirken mehrerer Menschen ein Wille auf den andern stößt und die rücksichtslose Durchführung des Einzelwillens einen allgemeinen Kampfzustand hervorruft, muß ein höherer Wille diese Disharmonien schlichten, die auseinanderstrebenden Einzelwillen zusammenschließen und als Mittel für-

---

[11]) a. a. O. S. 109 ff.

[12]) Auch Radbruch (a. a. O. S. 35 ff.) geht aus von der Grundeinteilung alles Denkbaren in zwei Welten, „von der Zweiheit der Betrachtungsweise, die aus einer und derselben Gegebenheit zwei Weltbilder formt". Er kennt aber noch zwei weitere Möglichkeiten der Stellungnahme zu einer Gegebenheit, die religiöse und kulturelle, und versucht durch das „wertbeziehende" Verhalten zur Gegebenheit (im Gegensatz zum wertblinden, bewertenden und wertüberwindenden) aus dieser die kulturelle Eigenart herauszuheben und so den Rechtsbegriff zu gewinnen. — Kelsens Grundeinteilung in „Sein" und „Sollen" (a. a. O. S. 3 ff.) ist methodologisch unrichtig. Das formale Sein bildet keinen Gegensatz zum inhaltlich bestimmten Sollen. „Der Gegensatz des Seins ist allein das Werden. Alles Sollen setzt bereits ein Wollen voraus." (Tatarin-Tarnheyden, Staat und Recht, S. 21.)

[13]) So auch Radbruch, a. a. O. S. 36.

[14]) Nicht etwa ein Produkt des Willens in einer besonderen Richtung, sondern diese besondere Willensrichtung selbst.

einander zu einem bestimmten Zweck verknüpfen. Dieser Aufgabe dient vornehmlich das Recht. Als „verbindendes Wollen",[15]) als Wille einer Gemeinschaft gleichen seine Normen die Konflikte aus und machen den Einzelwillen in Verbindung mit anderen möglich. Daneben existieren aber noch zahlreiche andere Normen, die sich nicht an den Willen des einzelnen in seiner Beziehung zu anderen wenden, sondern ihm als individueller Persönlichkeit von seiner Gesinnung, seinem Gewissen vorgeschrieben werden. Sie haben mit dem Recht der äußeren Gemeinschaftsregelung der menschlichen Lebensverhältnisse nichts zu tun, sondern gehören dem Gebiete der Moral im weitesten Sinne, d. h. dem Gebiete der Ethik, Sittlichkeit und Religion an. Recht ist gesellschaftliches, soziales Wollen; Moral ist Einzelwollen.

Aber nicht allein im Rechte äußert sich die Willensverbindung einer menschlichen Organisation. Auch die Konventionalregeln, vor allem der Brauch und die Sitte, gehören hierher. Während aber im ersteren Falle der Gemeinschaftswille den Einzelwillen ungeachtet seines eventuellen Widerstrebens in die zum Zweck (d. h. zur Schaffung eines rechtlichen Zustandes) führende Reihe als Mittel in „selbstherrlicher" Weise einfügt, läßt es ihm in der Konvention die freie Wahl der Befolgung.[16]) So scheiden auch die Regeln des Anstandes und Verkehrs, der ritterlichen Ehre usw. bei der psychologischen Erforschung des Rechtsbegriffs aus.

Doch nicht jede selbstherrliche Willensverbindung wiederum ist Recht. Zwingt der den einzelnen mit seinem Willen herrschaftlich zusammenschließende höhere Wille z. B. in der Form der Tyrannis zur Anerkennung willkürlich erlassener Anordnung, so bleibt kein Raum für die Entwickelung eines rechtlichen Zustandes. Recht entsteht erst — Recht im Gegensatz zur Moral, Konvention und Willkür! —, wenn schließlich die Unverletzbarkeit einer vom Gemeinschaftswillen vorgenommenen sozialen Regelung gewährleistet ist, wenn sich Herrscher und Beherrschte einer allgemeinen und dauernden Ordnung in für beide Teile bindender Weise einfügen.

Dieser so gefundene Rechtsbegriff, dieser gleichmäßig-formale, psychologische Vorgang, der dem wechselnden und veränderlichen Stoffe bleibend gegenübersteht, kann jedoch in Wirklichkeit nur erfaßt und erlebt werden, wenn er in der Welt der Wahrnehmung, d. h. in einem positiven Rechtssatz seine begrenzte Anwendung gefunden hat. Das

[15]) Da im Rechtsbegriff bereits das Ergebnis, die Verbindung der vielen Willensinhalte gegeben ist, setzt Tatarin-Tarnheyden (Staat und Recht, S. 29, 38) an Stelle des Stammlerschen „verbindenden Willens" klarer und treffender den Ausdruck „Willensverbindung".

[16]) Ob man allerdings mit dem Unterscheidungsmerkmal der Selbstherrlichkeit zwischen beiden Gebieten eine genaue Grenze ziehen kann, erscheint fraglich. (a. M. namentlich Radbruch, a. a. O. S. 75 ff., und ihm zustimmend Tatarin-Tarnheyden, Staat und Recht, S. 34.)

führt zu der wichtigen Frage nach der Geltung des Rechts. Es genügt nicht, daß eine rechtliche Willensverbindung zustande gekommen ist; sie muß in die Tat umgesetzt werden. Ein Rechtssatz gilt aber nur, wenn die Möglichkeit seiner Durchsetzung gewährleistet ist.[17]) [18]) Diese wiederum wird jedoch nicht von einer über dem einzelnen außerhalb seiner selbst stehenden Macht bestimmt; auch die Geltung des Rechts ist wie sein Begriff nur aus dem wollenden Bewußtseinsinhalt zu erklären. Erst wenn der höhere Gemeinschaftswille, als welcher grundsätzlich der Staat auftritt, kraft seiner rechtlichen Gewalt die ihm Unterstellten zur Befolgung des Rechts anhalten kann, ist der Norm Geltung verschafft. Da aber eine rechtliche Gewalt nur besteht, wenn sich der Einzelwille freiwillig, aus Überzeugung von der Unverletzbarkeit der sozialen Regelung der geschaffenen Ordnung unterwirft, so muß sich auch der Gewalthaber selbst zur Garantierung dieser Unverletzbarkeit in den gewollten Zusammenschluß einfügen. Fehlt den einzelnen Unterstellten diese Überzeugung, beugen sie sich willkürlicher Herrschaft, so gilt das Recht nicht, auch wenn es mit Gewalt durchgesetzt wird.

3. Staat und Recht.[19])

Die Frage nach der Geltung des Rechts berührt schon unmittelbar das alte Problem des Verhältnisses zwischen Staat und Recht. Unter Staat versteht die Wissenschaft im überwiegenden Maße eine Vereinigung von Menschen eines bestimmten Gebietes unter einer höchsten Herrschergewalt.[20])

Da diese drei Elemente keine reinen Denkformen sind, die sich aus sich heraus erklären, so sind sie auch nicht geeignet, das innere Wesen des Staates voll zu ergründen.[21]) Insbesondere das Merkmal der

[17]) Vgl. Stammler (a. a. O. S. 118), Jellinek (Allg. Staatslehre, S. 333) und Radbruch (a. a. O. S. 159 ff.). — Das bedeutet aber nicht, wie Kelsen (a. a. O. S. 37, Anm.) meint, daß die Geltung zum Rechtsbegriff als notwendiges Merkmal gehört; denn für die Gedankengänge, nach denen sich das rechtliche Wollen von dem anderen Inhalte unseres Bewußtseins unterscheidet, ist die Vorstellung der Möglichkeit oder Unmöglichkeit seiner Durchsetzbarkeit ohne Bedeutung.

[18]) Nicht notwendig ist es jedoch, daß der Rechtssatz richtig ist, d. h. daß er mit dem Grundgedanken des Rechts harmoniert und gerechtfertigt ist. Daher ist es wohl möglich und oft der Fall, daß es einerseits geltendes, aber unrichtiges Recht, andererseits richtiges, aber nicht geltendes Recht gibt. Vgl. Stammler, Die Lehre vom richtigen Recht, S. 57, sowie auch Radbruch, a. a. O. S. 39: „Recht ist der gelungene oder auch mißlungene Versuch, richtiges Recht zu sein."

[19]) Vgl. zum folgenden neben Jellinek (Allg. Staatslehre, S. 97, 158, 337 ff.) und Stammler (a. a. O. S. 394 ff.) insbesondere Tatarin-Tarnheyden, Staat und Recht, S. 53 ff., und Berufsstände, S. 17 ff.

[20]) a. M. die Anhänger der reinen Rechtslehre, insbesondere Kelsen.

[21]) Zahlreiche nicht juristische (Religiös-theologische, Macht- und organische Theorie) und juristische Lehren (Seydel, Loening, Laband, Stammler, Kelsen u. a.) haben versucht, seine Existenz zu rechtfertigen.

Herrschermacht läßt sich, obwohl auch der Welt der Wahrnehmung angehörend, nach äußeren Gesichtspunkten nicht klar erfassen. Zu seinem Verständnis bedarf es des Eingehens auf die Willensgrundlage des Staates.

Der Staat ist wie das Recht eine Erscheinung des sozialen Lebens; er beruht also, da jedes soziale Handeln das Zusammenwirken mehrerer Persönlichkeiten zur Voraussetzung hat, auf dem Willen einer Gemeinschaft und ist in seiner tiefsten, psychologischen Grundlage selbst eine Willensverbindung. Wie entsteht nun aus dieser Verbindung jene überragende Macht, die dem einzelnen in der Verkörperung des Staates souverän gegenübertritt?

Wie schon bei der Entwicklung des Rechtsbegriffs ausgeführt wurde, haben alle menschlichen Interessen die notwendige psychologische Tendenz, sich durchzusetzen und zu behaupten. Das führt zu Kollisionen mit anderen Individuen, und so besteht unter den Menschen ein ständiger Kampf um die Macht. Jede Willensauseinandersetzung aber, mag sie in physischer Gewalt oder geistigem Zwange zum Ausdruck kommen, löst äußere Kraft aus. Entweder überwindet und beherrscht der eine Wille den anderen, oder aber ein beide disharmonierenden Willen verbindender und beherrschender neuer Wille entsteht, dessen äußere Kraft durch die Streiterledigung frei wurde.[22]) In gleicher Weise spielt sich nun der Interessenkampf in großen Menschengruppen ab. Auch hier bestehen beide Möglichkeiten der Beendigung des Konfliktes. Da jedoch der Sieg einer Gruppe und die rückhaltlose Ausbeutung der Unterliegenden bei der Wankelmütigkeit des Schicksals und der jederzeit möglichen Verschiebung der Machtverhältnisse zum Schaden der Allgemeinheit zur Anarchie und zum erbitterten Kampf aller gegen alle führen würde, so begünstigt jeder einzelne neben der Verfolgung seiner eigenen Interessen aus einem dem Menschen innewohnenden Drang nach Ordnung und Harmonie bis zu einem gewissen Grade auch die Sammlung und Zusammenfassung der durch die Willensverbindung in der Außenwelt freigewordenen Kraft der Menschenmassen. So entsteht schließlich ein Machtzentrum, das selbstherrlich, d. h. „unabhängig von dem Willen des einzelnen Unterstellten", jeden Kampf zu entscheiden und das Recht der Gesamtheit zur Geltung zu bringen vermag.[23]) Das ist aber nur möglich, wenn diese Macht sich in völlig unabhängiger Weise als höchste, als souveräne darstellt. Mit diesem Merkmal der höchsten einheitlichen Herrschergewalt auf die Menschen eines bestimmten Gebietes ist der Begriff des Staates gegeben. —

Der Staat ist nun zwar der stärkste, aber nicht der einzige soziale Machtfaktor. Innerhalb seiner allumfassenden Herrschaft ringen

[22]) Tatarin-Tarnheyden, Staat und Recht, S. 587.
[23]) Tatarin-Tarnheyden, Staat und Recht, S. 63.

wiederum zahlreiche soziale Gruppen nach Macht und Einfluß auf die Gestaltung des Gemeinwesens: Die Gesellschaften (Klassen- und Berufsstände). Diese muß der Staat, will er seine Aufgabe ganz erfüllen, in ihrem Drängen und Streben anerkennen und seinem inneren Aufbau so eingliedern, daß sie aus ursprünglichen Gegnern seiner Macht zu Stützen des Staates werden, d. h. der Staat muß „zur Synthese der miteinander ringenden Mächte" werden.[24]) Die so durch äußere Machtmittel aufrechterhaltene Ordnung seiner Gesellschaftsgruppen kann der Staat aber auf die Dauer nur durchführen, wenn er an Stelle einer Willkürherrschaft zugunsten einer Klasse oder eines Standes[25]) seine Machtorganisation in gerechter Weise der Allgemeinheit widmet und in seinen Mitgliedern die Überzeugung von der Unverletzbarkeit des gegebenen sozialen Zustandes erweckt, d. h. wenn er seine Macht in den Dienst des Rechts stellt.

Staat und Recht stehen also in engster wechselseitiger Beziehung zueinander. Der Staat übt seine Macht nach den Normen des Rechts als des „unverletzbar selbstherrlich verbindenden Wollens" aus, und das Recht wiederum ist von dem Willen des Staates als einer sozialen Willensverbindung abhängig.[26])

4. Die Bindung des Staates an sein Recht.

Die Überzeugung der Untertanen von der Unverletzbarkeit des Rechts ist, wie ausgeführt wurde, das Fundament für seine Geltung. Eine rechtliche Verbindung liegt nicht vor, wenn sich die Menschen der willkürlichen Macht eines Gewalthabers beugen. Erst wenn sich Herrscher und Beherrschte in der gemeinsamen Anerkennung der Unverletzbarkeit der gewollten Bindung finden, ist die Möglichkeit einer geltenden rechtlichen Regelung gegeben. Daher ist die Rechtsordnung des Staates, soll sie überhaupt eine Rechtsordnung und nicht ein willkürlicher Befehl des Machthabers sein, nicht nur Recht für die ihm Unterstellten, sondern auch für den Staat selbst (a. M. Gierke). Hieran schließt sich als weitere wichtige Frage die Möglichkeit der Vorstellung von Rechten und Pflichten des als Persönlichkeit gedachten

[24]) Tatarin-Tarnheyden, Berufsstände, S. 19. In dieser Eingliederung einer stark ausgebildeten Klassen- oder Standesorganisation in den Gemeinschaftskörper liegt das gegenwärtig akute Problem der Berufsstände im sozialen Sinne.

[25]) Vgl. z. B. den alt-ägyptischen Despotismus und den Ständestaat im Mittelalter.

[26]) Damit ist hier die alte, viel erörterte Streitfrage, ob das Recht dem Staate oder der Staat dem Rechte vorangehe, im Sinne Gierkes (Zeitschrift für d. ges. Staatswissenschaft, Bd. XXX, 1874, S. 179 ff.; vgl. Tatarin-Tarnheyden, Staat und Recht, S. 58) dahin entschieden worden, daß Rechtsbegriff und Staatsbegriff sich zueinander ebenbürtig verhalten, daß keiner primär und keiner sekundär ist. (Bezüglich der Literatur über diese Kontroverse s. Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 364, Anm.)

Staates und damit von Rechtsverhältnissen zwischen dem Staat und dem einzelnen Untertanen an. Ist eine derartige wechselseitige Verpflichtung eines höheren Ganzen gegenüber den seinen Substrat bildenden Individuen überhaupt möglich? Der Staat ist der Träger der Rechtsordnung. Er hat seine Machtorganisation aus dem Faktischen in die Sphäre des Rechts erhoben und damit die Möglichkeit erlangt, seine Ansprüche und Befehle, sofern sie rechtens sind, auch auf rechtlichem Wege, also nicht nur zwangsmäßig durch seine Macht durchzusetzen. Ein isoliert gedachter Rechtsträger ist aber eine unvollziehbare Vorstellung. „Alles Recht ist Beziehung von Rechtssubjekten."[27]) Auch der Staat kann nur Rechte haben, wenn ihm Persönlichkeiten, d. h. Träger von Rechten und Pflichten gegenüberstehen. Somit hängt von dem Dasein öffentlicher Berechtigung der dem Staate eingegliederten Individuen das Dasein des öffentlichen Rechts selbst ab.

Diese vorwiegend in der Form des subjektiven öffentlichen Rechts ausgeprägte öffentliche Berechtigung wird nunmehr in den folgenden Abschnitten klarzulegen sein.

§ 3.

Der Begriff des subjektiven Rechts.

Die Aufstellung des Begriffs „subjektives öffentliches Recht" stellt dar einen der zahlreichen Fälle der Übertragung ursprünglich im Zivilrecht ausgebildeter Rechtsinstitute auf das Verhältnis zwischen Staat und Untertanen, also auf das objektive öffentliche Recht.[28]) Es ergibt sich daher aus der Erkenntnis dieses Ursprungs, daß das Problem des subjektiven öffentlichen Rechts nur gelöst werden kann durch ein Zurückgehen auf die allgemeine Frage nach dem Wesen des subjektiven Rechts, wie sie im Privatrecht zuerst zutage trat.

Das Leben des Menschen vollzieht sich in ununterbrochenen Beziehungen zu äußeren Dingen und anderen Menschen. Diese Beziehungen bilden die Lebensverhältnisse des Menschen. Werden sie von der Rechtsordnung anerkannt und geregelt, so werden sie zu Rechtsverhältnissen erhoben, deren Merkmale darin beschlossen sind, daß von mindestens zwei beteiligten Personen die eine der anderen zu einem innerhalb eines rechtlichen Tatbestandes bestimmten Verhalten zwangsweise verbunden ist. So ergeben sich aus dem Rechtsverhältnis in Beziehung auf die beteiligten Personen die (subjektive) Rechtspflicht und das subjektive Recht.

Der hier allein interessierende Begriff des subjektiven Rechts ist einer der umstrittensten der gesamten Rechtswissenschaft. Es mag für

[27]) Jellinek, System, S. 10.

[28]) Vgl. hierzu Fleiner, „Die Umwandlung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht", 1906.

unsere Zwecke genügen, die bemerkenswertesten Ansichten über diese Streitfrage einer kurzen Prüfung daraufhin zu unterziehen, welche wertvollen und richtigen Gedanken sie enthalten, um dann das Resultat in Gestalt einer Definition zusammenzustellen. — Die zahlreichen Begriffsbestimmungen des subjektiven Rechts lassen sich im wesentlichen in zwei Hauptgruppen einteilen, deren Ergebnisse zu vereinen eine dritte, vermittelnde bemüht ist.

Die erste Lehre setzt im Anschluß an die alte naturrechtliche Theorie das subjektive Recht der individuellen Freiheit gleich.[29]) Hauptvertreter dieser Richtung ist Windscheid, der das subjektive Recht als „von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht" difiniert.[30]) Diese Begriffsbestimmung ist insofern richtig, als sie das Willensmoment als entscheidenden Faktor für die Lösung des Problems heranzieht.[31]) Das subjektive Recht kann keinen anderen Ursprung haben als der allgemeine Rechtsbegriff. Auch hier besteht ein Wollen, aber kein gemeinschaftliches, verbindendes Wollen im Sinne des Rechts, sondern ein individuelles Wollen, das als Mittel dem rechtlichen Gemeinschaftswillen unterstellt ist.[32]) Der Begriff der Willensmacht kann aber das Wesen des subjektiven Rechts nicht vollständig erklären. Es ist psychologisch unmöglich, daß ein Wollen schlechthin von der Rechtsordnung anerkannt wird. „Man kann nicht schlechthin wollen, sondern immer nur Etwas wollen."[33]) Dieses Etwas zeigt sich aber, in ein Verhältnis zum Individuum gesetzt, als das, was nach Ansicht der Rechtsordnung die notwendigen oder doch anerkannten Z w e c k e des einzelnen fördert oder erfüllt, und erscheint objektiv gefaßt als ein Gut, während es subjektiv zum Interesse wird. Der ganze Zweck des Rechts besteht in dem Schutz von Gütern oder Interessen. Der wesentlichste Mangel der Windscheidschen Definition liegt demnach darin, daß sie nicht das für das Recht notwendige Moment des Güterschutzes umfaßt.[34])

Die Unzulänglichkeit der reinen Willenstheorie ist namentlich von Ihering, dem Hauptvertreter der Interessentheorie, dargetan worden. Er sucht das Wesen des Rechts nicht im Willen, sondern in der dem Willen gegenüberstehenden Güterwelt und definiert das Recht als „rechtlich geschütztes Interesse",[35]) verfällt hierbei aber selbst in den

[29]) In der spekulativen Philosophie, die in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts auch für die juristische Bildung von maßgebendem Einfluß wurde, hat sie vor allem Hegel vertreten.

[30]) Windscheid-Kipp, a. a. O. Bd. I, S. 156.

[31]) a. M. namentlich Ihering (a. a. O. Bd. 3, 1, S. 317 ff.) und neuerdings Kelsen (a. a. O. S. 594 ff.).

[32]) Vgl. Stammler, a. a. O. S. 376 ff.

[33]) Jellinek, System, S. 72 f.

[34]) So auch Thon, a. a. O. S. 220 ff.

[35]) „Geist des römischen Rechts", S. 328.

bei Windscheid kritisierten Fehler der Unvollständigkeit durch einseitige Betonung des Zweckgedankens.[36]) Mit dieser Definition wird nicht ein formales Rechtsverhältnis näher bestimmt, sondern eine Beschreibung seiner Bedeutung als wirtschaftliche Erscheinung gegeben. Recht ist nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zur Ermöglichung eines Genusses.[37]) Auch diese Auffassung von dem Wesen des subjektiven Rechtes ist demnach zu eng, weil sehr häufig Rechtsausübung ohne eigenes Interesse, ja gegen ein solches gestattet ist, und andererseits wieder zu weit, weil es Interessenschutz ohne Vorhandensein eines subjektiven Rechts gibt.[38]) Trotzdem hat auch sie insofern einen wertvollen und richtigen Gedanken, als das Recht nicht nur um der Machtgewährung willen da ist, sondern den Schutz menschlicher Interessen bezweckt. —

Wenn Dernburg[39]) das subjektive Recht definiert als den „Anteil an den Lebensgütern, welchen der allgemeine Wille als einer Person zukommend anerkennt und ihr gewährleistet", so betont er noch einseitiger als Ihering das Zweckmoment. Die Rechtsordnung hat zwar die Aufgabe, den einzelnen Personen einen Anteil an den Lebensgütern zu ermöglichen. Sie kann aber diesen Zweck nur dadurch erreichen, daß sie an den einzelnen sich richtende Vorschriften gibt und den einzelnen Personen die Macht gewährt, ihren Willen anderen Personen gegenüber so zur Geltung zu bringen, daß diese daran gebunden sind. Dieser Begriffsbestimmung fehlt daher sowohl der Wille des einzelnen wie die Möglichkeit einer Rechtsverfolgung, ohne die ein subjektives Recht nicht denkbar ist.

Da sich in beiden Theoriengruppen ein richtiges Element des subjektiven Rechts befindet, kombinieren die neueren Schriftsteller in der Regel das Element der Macht mit dem des Interessen- oder Güterschutzes, freilich in verschiedener Weise. So definiert z. B. Zitelmann[40]) das subjektive Privatrecht als „die durch objektive Rechtssätze hergestellte besondere günstige Rechtslage einer Person gegenüber einer oder allen anderen, sofern das Eintreten und die Durchführung des staatlichen Schutzes dieser Rechtslage von der objektiven Rechtsordnung in den Willen jener ersteren Person gestellt ist". In entsprechender Weise erblickt Jellinek[41]) für das Gebiet des öffentlichen Rechts die Lösung des Problems in der Verbindung der von Windscheid und von Ihering und Dernburg einseitig betonten Ideen und erklärt das sub-

[36]) Zu weit geht jedoch Kelsen (a. a. O. S. 576), der das Zweckmoment als Begriffsmerkmal des subjektiven Rechts völlig ablehnt.
[37]) Thon, a. a. O. S. 318 ff.
[38]) Enneccerus, a. a. O. Bd. I, S. 155.
[39]) a. a. O. Bd. 1, S. 104; hiergegen hat besonders Kipp in Windscheid-Kipp, a. a. O. Bd. 1, § 37, Anm. 3, Stellung genommen.
[40]) a. a. O. Bd. 1, S. 37.
[41]) System, S. 40.

jektive Recht als „von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte, auf ein Gut oder Interesse gerichtete menschliche Willensmacht".[42]) [43])

Durch die Kombinationstheorie dürfte das Wesen des subjektiven Rechts am besten gekennzeichnet werden. Das objektive Recht setzt im Interesse einer bestimmten Person eine ein Rechtsgut schützende und seinen Genuß sichernde Norm und verleiht ferner der so begünstigten Person die ausschließliche Willensmacht, im Falle der Verletzung dieser Norm den darin enthaltenen staatlichen Befehl aus eigener Initiative auszulösen und den Verpflichteten gegenüber zwangsweise durchzusetzen. — Das Ergebnis dieser Untersuchung wird im folgenden für die Frage nach den Voraussetzungen des subjektiven öffentlichen Rechts zu verwerten sein.

§ 4.

Der Unterschied zwischen dem subjektiven Privatrecht und dem subjektiven öffentlichen Recht. Definition des subjektiven öffentlichen Rechts.

I. In dem Rechtsverhältnis liegen, wie im Anfang des vorhergehenden Abschnittes ausgeführt wurde, subjektives Recht und subjektive Pflicht als seine logischen Entfaltungen beschlossen. Keine rechtliche Regelung, die nicht das Verhalten der Menschen zueinander ordnete und in den so entstandenen Rechtsverhältnissen ausmündete. Jede Rechtsordnung und jeder Teil einer solchen muß daher Berechtigte und Verpflichtete kennen, muß, wenn eine Geltung gewährleistet werden soll, subjektive Rechte einräumen und rechtliche Pflichten auferlegen.

Für das Privatrecht, das die einzelnen in einem grundsätzlich koordinierten Verhältnis einander gegenüberstellt, trifft dieser Grundsatz ohne weiteres zu. Gilt er aber auch für das öffentliche Recht, das die Verhältnisse zwischen verschiedenen Herrschaftssubjekten oder die Orga-

[42]) Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt Bernatzik (Archiv für öffentliches Recht, Bd. 5, S. 169 ff.), der jedoch das Hauptgewicht auf das Interessen- oder Zweckmoment legt.

[43]) Eingehend dargestellt und kritisch beleuchtet hat diese Streitfrage in neuester Zeit besonders Kelsen, der jedoch in seiner Lehre vom Rechtssatz auch die Kombinationstheorie ablehnt. Neben ihm schlägt im Anschluß an die „Zweckvermögenstheorie" von Brinz namentlich Schwarz (a. a. O. S. 12 ff.) auf diesem Gebiet ganz neue Wege ein, indem er den Machtbegriff des Rechts nicht nur für die juristischen Personen (Brinz!), sondern überhaupt verwirft und die Rechte der natürlichen und juristischen Personen nur als Zweckgebundenheiten betrachtet. Dagegen ist einzuwenden, daß die Rechtswissenschaft nicht berechtigt ist, das Machtelement im subjektiven Recht zu verneinen, solange das positive Recht von diesem als der Grundlage der Ansprüche der Einzelpersonen ausgeht und das Individuum als Subjekt von Machtbefugnissen anerkennt (vgl. auch die kritische Betrachtung bei Enneccerus, Bd. 1, S. 157 ff.).

nisation und Funktion dieser Herrschaftssubjekte und ihrer Beziehungen zu den ihnen Unterworfenen regelt?

Nach Otto Mayer[44]) sind die öffentlichen Rechtsverhältnisse gegenüber den privaten dadurch gekennzeichnet, daß an ihnen notwendigerweise ein Träger öffentlicher Gewalt als solcher beteiligt ist.[45]) [46]) Das Scheidungsmerkmal zwischen beiden Rechtsverhältnissen wird hiernach mit Recht in die Person der Beteiligten gelegt. Über den Inhalt des öffentlichen Rechtsverhältnisses selbst ist aber damit noch nichts gesagt. Es fragt sich nunmehr, worin die Eigenschaft besteht, die gewisse Personen als Träger öffentlicher Gewalt und die ihnen vorbehaltenen Rechtsverhältnisse als öffentlich-rechtliche charakterisiert.

Das Merkmal des öffentlichen Rechts kann nicht unmittelbar in dem Inhalte des Rechtsverhältnisses, in seinem Tatbestand oder seiner Geltungsweise gesucht werden; denn es ist nicht anzunehmen, daß eine oberste Rechtsquelle ursprünglich zwei verschiedene, grundsätzlich getrennte Rechtsarten mit zweierlei Tatbestandsvoraussetzungen geschaffen haben sollte.[47]) Aber auch die Person der Beteiligten selbst kann kein sicheres Kriterium geben. Die Rechtsordnung kennt kein absolutes Rechtsobjekt ohne irgendwelche Rechte und Pflichten; für sie kommt eine Person nur in Frage, sofern sie in Rechtsverhältnissen steht und am Rechtsleben teilnimmt. Personen, Rechtssubjekte kann es daher nur in Rechtsverhältnissen geben.[48]) Diese aber lassen eine öffentliche oder private Rechtsnatur der Personen nicht erkennen.

Das Scheidungsmerkmal zwischen den beiden Rechtsgebieten kann demnach nur außerhalb der Rechtsordnung liegen. Die öffentliche Gewalt ist ihren Trägern nicht erst von der Rechtsordnung verliehen, sie ergibt sich vielmehr aus der außerhalb der Rechtswissenschaft liegenden sozialen Tatsache ihrer ursprünglich rein faktischen Macht über die einzelnen Individuen.[49]) Wenn der Inhaber der Staatsgewalt auch infolge seiner freiwillig eingegangenen Bindung mit seinen Rechten

[44]) a. a. O. S. 15.

[45]) O. Mayer spricht zwar nur von einer „Ordnung von Verhältnissen". Da aber diese Ordnung als öffentlich-rechtliche bezeichnet ist, und die Rechtswissenschaft nur rechtliche Ordnungen und Verhältnisse berücksichtigt, so können hierunter nur „Rechtsverhältnisse" verstanden werden.

[46]) So auch z. B. Ihering (Der Zweck im Recht, S. 645) und O. von Gierke (Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 30, 1874, S. 153 ff.).

[47]) So auch Richter, a. a. O. S. 5 ff.

[48]) Vgl. Jellinek, System, S. 10.

[49]) So mit Recht Richter, a. a. O. S. 9 ff.; vgl. auch Otto Mayer a. a. O. S. 13: „Recht setzt menschliche Machtverhältnisse voraus"), ferner Jellinek (Allg. Staatslehre, S. 386: „Eine Herrschergewalt wird dadurch zur rechtlichen, daß sie eingeschränkt ist. Recht ist rechtlich beschränkte Macht"). Auf die Entstehung und Art dieser Überlegenheit ist bei der Entwickelung des Staatsbegriffs auf S. 15 ff. näher eingegangen worden.

und Pflichten innerhalb der Rechtsordnung steht und ihr unterworfen ist, so bleibt ihm doch seine grundsätzlich außer- und vorrechtliche Überlegenheit auch im Rahmen der Rechtsordnung erhalten. Denn dem Staate als selbstherrlicher Willensverbindung bleibt wegen der Positivität der Rechtsordnung die stete Möglichkeit, diese aufzuheben und gegebenenfalls durch eine neue, andere Rechtsordnung zu ersetzen. Diese Möglichkeit gibt dem Staate über andere Personen eine Überlegenheit, die für das öffentliche Recht entscheidend ist,[50]) ihr liegen die Vorstellungen von der öffentlichen Gewalt zugrunde. — Die Aufstellung des Merkmals der Öffentlichkeit ist daher nichts anderes als eine Wiedergabe jener sozialen Tatsache der Macht. Sie findet sich in zahlreichen Bestimmungen des positiven Rechts, und zwar nicht nur auf den Staat beschränkt, sondern ausgedehnt auf verschiedene ähnliche Gemeinwesen (Gemeinden, Kirchen u. a.). Wenn dann diesen so bezeichneten Personen in einzelnen Rechtsverhältnissen eine besondere Rechtsstellung eingeräumt wird, wenn ihnen gewisse Rechtsverhältnisse derart vorbehalten bleiben, daß sie nur mit ihnen als ihren notwendigen Subjekten vorkommen können, so beruht das auf den Bestimmungen des positiven Rechts und hat keine grundsätzliche, rechtsbegriffliche Bedeutung; insbesondere bleiben die so bezeichneten und vorbehaltenen Verhältnisse Rechtsverhältnisse und ermöglichen den öffentlich-rechtlichen Personen keinen außerrechtlichen Gebrauch ihrer Macht.

Die Begriffe „öffentliches Recht" und „öffentlich-rechtliche Person" bezeichnen somit kein Rechtsgebiet von besonderem Wesen, sondern haben nur die rechtstechnische Funktion, gewisse in ihrem Zusammenhang häufig wiederkehrende Tatbestandselemente einheitlich festzulegen. Es kann daher auch der gesonderten Darstellung des subjektiven öffentlichen Rechts keine besondere rechtliche Eigenart des behandelten Stoffes zugrunde liegen. Das öffentliche Recht kennt als Teil der Rechtsordnung ebenfalls Rechtsverhältnisse, räumt subjektive Rechte ein und legt rechtliche Pflichten auf. Schwierigkeiten ergeben sich jedoch hinsichtlich der Geltung der subjektiven Rechte des Staatsbürgers. Diese hängt, wie festgestellt wurde, im Privatrecht von der Möglichkeit seiner zwangsweisen Durchsetzung ab, deren Ausübung grundsätzlich dem Staate vorbehalten und nur durch ihn möglich ist. Dieser sogenannte Rechtszwang ist aber hinsichtlich der Geltung eines subjektiven öffentlichen Rechts, obwohl an sich möglich, schon gegenüber einem untergeordneten Träger öffentlicher Gewalt[51]) positiv rechtlich nicht immer gegeben oder, wo er besteht, für den Berechtigten selbst oft mißlich. Gegenüber dem Staat vollends versagt er mangels eines übergeordneten Subjektes, das ihn ausüben könnte, ganz. Steht diese

[50]) a. M. O. Mayer, a. a. O. S. 15.

[51]) Als solche kommen namentlich in Frage: Länder, Gemeinden und öffentlich rechtliche Korporationen.

Tatsache der Existenz der subjektiven öffentlichen Rechte entgegen oder stellt sie zumindest eine Schwäche der Rechtsposition des öffentlich Berechtigten dar? Eine Bejahung dieser Frage müßte notwendigerweise mit dem Gedanken der allumfassenden Macht des Staates über seine Untertanen operieren. Diese rein soziologisch betrachtete Herrschaft des Staates würde aber der Existenz des gesamten öffentlichen Rechts entgegenstehen. Der Staat kommt, wie schon ausgeführt wurde, für die rechtswissenschaftliche Untersuchung nicht als gesellschaftliches Machtgebilde in Betracht, sondern als Teilnehmer an der Rechtsordnung. Seine Überlegenheit liegt, sofern sie nicht im Rahmen des Rechts positiv anerkannt ist, außerhalb der Rechtsordnung und außerhalb jeder rechtlichen Betrachtung. Macht daher der Staat von seiner Macht einen dem Rechte widersprechenden Gebrauch, so zerstört er die Überzeugung der ihm Unterworfenen von der Unverletzbarkeit der sozialen Regelung und hebt damit die Geltung der ganzen Rechtsordnung einschließlich des verletzten subjektiven öffentlichen Rechts auf.

Der Mangel des Rechtszwanges steht also dem Geltungsgrad der subjektiven öffentlichen Rechte oder gar ihrer Existenz nicht entgegen. Entweder bleibt der Staat als berechtigtes und verpflichtetes Subjekt im Rahmen der Rechtsordnung und erfüllt die ihm obliegenden Verpflichtungen gegen den einzelnen — und damit ist die Möglichkeit und gegebenenfalls rechtliche Vollwirksamkeit der genannten Ansprüche garantiert! —, oder er entzieht sich den berechtigten Forderungen seiner Untertanen und nimmt damit den gegen ihn gerichteten subjektiven Rechten nicht etwa nur ihre Erfüllungsmöglichkeit und Durchsetzbarkeit, sondern diesen wie der gesamten Rechtsordnung den Charakter als Recht selbst.

So bietet der auf die Rechtsgeltung gerichtete Wille des Staates für das subjektive öffentliche Recht unmittelbar die Gewähr seiner Befriedigung. An Stelle des Rechtszwanges sichert ein logischer Zwang die Existenz und Durchsetzbarkeit dieser Ansprüche gegen den Staat.[52])

Die Besonderheit des subjektiven öffentlichen Rechts erschöpft sich aber nicht darin, daß es sich gegen einen Träger öffentlicher Gewalt als Verpflichteten richtet. Auch hinsichtlich des Gegenstandes, auf den sich der Wille des Berechtigten bezieht, besteht ein wesentlicher Unterschied von dem allgemeinen subjektiven Rechte.[53])

Das besondere Merkmal des subjektiven öffentlichen Rechts kann hier nicht in der Natur des Interesses liegen! Denn individuelles

[52]) So auch Bühler, a. a. O. S. 11 f., Richter, a. a. O. S. 28 ff. — Da der mangelhafte Rechtszwang die Geltung der öffentlichen Rechte nicht beeinträchtigt, ist auch die Klagemöglichkeit für das Vorliegen dieser Ansprüche gegen den Staat bedeutungslos; a. M. W. Jellinek (a. a. O. S. 116), der zur Gleichstellung von subjektivem Recht und Klagemöglichkeit neigt.

[53]) a. M. Richter, a. a. O. S. 31 ff.

Recht muß individuelles Interesse zum Inhalt haben.[54]) Es muß vielmehr in den Gründen gesucht werden, welche die Rechtsordnung zur Anerkennung des individuellen Interesses bewogen haben. Nur dann findet dieses Interesse rechtliche Anerkennung, wenn die Anerkennung gleichzeitig auch im Interesse der Gesamtheit geboten ist.[55]) Eine scharfe materielle Trennung des subjektiven Privatrechts von dem subjektiven öffentlichen Recht ist jedoch nicht möglich, da es oft zweifelhaft ist, ob eine Rechtsnorm im individuellen oder im Gemeininteresse erlassen ist. Eine Scheidung läßt sich hier nur unter vorwiegender Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien nach dem Grundsatze durchführen: Je nachdem die Einzelinteressen überwiegend individueller Zwecke oder der Allgemeinheit wegen rechtlich anerkannt sind, gehören sie dem Privat- bzw. öffentlichen Recht an.

II. Der Tatbestand des subjektiven öffentlichen Rechts weist somit in persönlicher wie sachlicher Beziehung wesentliche Unterscheidungsmerkmale von dem des allgemeinen subjektiven Rechts auf. In diesen liegt die Besonderheit dieser Ansprüche begründet; in ihnen erschöpft sie sich auch.

Berücksichtigt man diese Feststellungen bezüglich der zuvor angenommenen Bestimmung des subjektiven Rechts, so ergibt sich folgende Definition:

> Subjektives öffentliches Recht ist die einem einzelnen Rechtssubjekt gegenüber einem Träger öffentlicher Gewalt im öffentlichen Interesse gegebene Möglichkeit, einen zum Schutze seiner Individualinteressen erlassenen Rechtssatz eigenmächtig zu handhaben und mit Erfolg zu verwirklichen.[56])

Dieser abstrakte Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts ergibt sich wie der des subjektiven Rechts aus dem Grundgedanken des Rechts als eines unverletzbar selbstherrlichen verbindenden Wollens. Es ist deshalb nicht richtig, wenn Bühler[57]) die Entstehung dieser Ansprüche aus dem Gesetz bzw. aus einem Rechtsgeschäft herleiten will. Subjektives Recht und objektives Recht sind miteinander untrennbar verbunden, ihre Zergliederung ergibt nicht selbständige Gebilde. Eine Priorität ist daher weder für das eine noch das andere möglich. –

[54]) Jellinek, System, S. 62.

[55]) Bühler, a. a. O. S. 42 ff.

[56]) Die hier gegebene Begriffsbestimmung unterscheidet sich von der Bühlerschen (a. a. O. S. 224, vgl. auch S. 14) insbesondere dadurch, daß sie nicht die Entstehungsbedingungen des subjektiven öffentlichen Rechts berücksichtigt, die, wie auch Bühler selbst zugibt, „streng genommen allerdings nicht zum Begriffe des subjektiven öffentlichen Rechts gehören". Bezüglich der Definition Richters (a. a. O. S. 41) besteht mit Ausnahme der von uns für erforderlich erachteten Berücksichtigung des Interesses grundsätzlich Übereinstimmung.

[57]) a. a. O. S. 15.

Eine andere Frage, die die Theorie viel beschäftigt hat, betrifft die praktische Durchführung des subjektiven öffentlichen Rechts und seine Abgrenzung von dem sogenannten Reflexrecht (oder Interesse).[58])

Die allgemeine Redeweise bezeichnet gewöhnlich unterschiedslos alle Ansprüche des Untertanen gegen den Staat (oder eines Trägers öffentlicher Gewalt), die dahingehen, daß dieser seine Macht ihm gegenüber in einer bestimmten Weise ausübe, als subjektive öffentliche Rechte. Wie von einem Recht auf Gehalt oder auf Einbürgerung, so spricht man auch von einem Recht auf Armenunterstützung oder Zutritt zu den öffentlichen Gerichtssitzungen. Es handelt sich hier jedoch um wesentlich verschiedene Rechtserscheinungen. Nur im ersteren Falle spricht die Rechtswissenschaft von subjektiven öffentlichen Rechten; die letztgenannten Beispiele werden gewöhnlich als Reflexwirkungen objektiven Rechts bezeichnet.

Bei den Versuchen, den Unterschied zwischen beiden Rechtsgebilden festzustellen, sind im wesentlichen zwei Richtungen eingeschlagen worden. Die eine Meinung[59]) sieht keine Möglichkeit, ein inneres Kriterium zwischen Recht und bloßem Interesse zu finden, und stellt als unterscheidendes Merkmal lediglich den formellen Umstand auf, ob der betreffende Anspruch Schutz genießt oder nicht, und kommt so zu der Annahme formeller Rechte und Nichtrechte. Diese äußerliche Unterscheidung ist praktisch nicht durchführbar, weil nicht selten auch im bloßen Interesse der Aufrechterhaltung der objektiven Rechtsordnung ein verwaltungsgerichtlicher Schutz ausgebildet ist und umgekehrt das Vorliegen der Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts häufig die Voraussetzung für die Kompetenz der Verwaltungsgerichte ist. Auch Jellinek[60]) legt in formeller Beziehung dem Rechtsschutzanspruche maßgebende Bedeutung bei. Das materielle Kriterium sieht er in der ausdrücklichen oder stillschweigenden Anerkennung der Individualinteressen durch den Gesetzgeber. Damit ist eine Klarstellung aber noch nicht erreicht. Es fragt sich nunmehr, woran zu erkennen ist, daß das Gesetz ein solches Individualinteresse hat anerkennen wollen. Fleiner[61]) glaubt diese von Jellinek offen gelassene Frage dadurch lösen zu können, daß er das Vorhandensein subjektiver öffentlicher Rechte in den Fällen annimmt, in denen ein bestimmtes Gesetz jedem einzelnen Bürger konkrete Ansprüche auf die einzelnen im Gesetz ihm zugedachten Leistungen gibt, so daß er bei der Geltendmachung dieser Ansprüche der zur Gesetzvollziehung verpflichteten Behörde gegenübertritt wie der Gläubiger dem Schuldner; legt der Staat aber die Verwirk-

[58]) Vgl. insbesondere Jellinek, System, S. 67 ff., Fleiner, Institutionen, S. 162 ff., Bühler, a. a. O. S. 18 ff. und Burkhardt, a. a. O. S. 37.

[59]) Vertreten z. B. von Burkhardt a. a. O.

[60]) System, S. 70 f.

[61]) Institutionen, S. 145 ff.

lichung seiner Anordnungen ausschließlich in die Hand der Behörden und beschränkt den einzelnen Bürger auf den allgemeinen Anspruch gegenüber seinen Organen auf Vollziehung der zu seinen Gunsten erlassenen Gesetze, so soll es sich lediglich um Reflexe objektiven Rechts handeln. An praktischen Beispielen erörtert, wäre also nach Fleiner anerkanntermaßen z. B. der Anspruch des Beamten auf sein Gehalt als subjektives öffentliches Recht, das „Recht" auf Armenunterstützung, Benutzung öffentlicher Straßen usw. aber nur als eine Reflexwirkung objektiven Rechts anzusehen. So sehr man eine derartige klare Scheidung begrüßen müßte, bei einer näheren Untersuchung der inneren Unterschiede dieser beiden scheinbar scharf getrennten Gruppen stößt man doch auf wesentliche Schwierigkeiten, da die Fassung der Gesetzvorschriften oft nicht den Willen des Gesetzgebers in einer der beiden Richtungen klar erkennen läßt. Fleiner selbst kommt bei der Weiterentwicklung seiner Gedanken zu dem resignierten Schluß, daß subjektives öffentliches Recht und bloßes Interesse kein äußeres Unterscheidungsmerkmal besitzen. Es kann also nach diesem negativen Ergebnis für eine Unterscheidung beider Rechtsgebilde auch nicht von Bedeutung sein, ob der fragliche Rechtssatz die Form einer Vorschrift an die Behörde oder eine Rechtsverleihung an den Untertanen besitzt.

Die zahlreichen vergeblichen Lösungsversuche lassen m. E. darauf schließen, daß in den meisten Fällen das subjektive öffentliche Recht als nicht näher zu untersuchende rechtliche Tatsache vorausgesetzt worden ist, ohne daß man sich darum bemühte, die Eigenarten dieser besonderen Rechtsfigur in ihren Auswirkungen sicher zu erkennen und in einem fest umrissenen abstrakten Begriff darzulegen. Hat man diesen Begriff aber in seinen Besonderheiten auf Grund der Erkenntnis des Wesens des subjektiven Rechts festgestellt, so muß sich auch unter Berücksichtigung seiner besonderen Tatbestandsmerkmale die Möglichkeit einer Abgrenzung von den sogenannten Reflexrechten ergeben.

Ein Rechtssatz bringt ein subjektives öffentliches Recht für den Untertanen zur Entstehung:

1. wenn er dem Berechtigten einen konkreten Anspruch gegen einen Träger öffentlicher Gewalt gibt und dessen Geltungmachung und Realisierung zugleich in den Willen dieser Person stellt. Beschränkt der Staat den einzelnen auf den allgemeinen Anspruch des Bürgers gegen die Behörde auf Vollziehung der zu seinen Gunsten erlassenen Gesetze, so entfällt eine wesentliche Voraussetzung des subjektiven Rechts als einer rechtlichen Willensmacht. — Da diese Scheidung aber nicht immer klar erkennbar ist, muß dieser Rechtssatz
2. im Interesse des Gemeinwohls einem Individualinteresse genügen. Eine gewisse Richtung in der Theorie legt ja auf dieses Moment so

sehr den Nachdruck, daß sie subjektives Recht geradezu mit Interesse identifiziert. Hieran ist eben nur soviel richtig, daß die Sicherung der Interessen des einzelnen der wesentliche Zweck der subjektiven Rechte ist. Es ergibt sich aber aus dieser Erkenntnis, daß diese Zweckbestimmung auch ein Rechtssatz erhalten muß, der ein subjektives öffentliches Recht soll hervorbringen können. — Da das Wesen dieser Ansprüche in der Möglichkeit eines Zwanges auf die öffentliche Gewalt liegt, ist es schließlich erforderlich, daß der Rechtssatz

3. zwingender Natur ist, d. h. daß er das freie Ermessen der Verwaltung bei seiner Anwendung ausschließt. Es muß einleuchten, daß die Möglichkeit eines Rechtszwanges oder, wenn der Staat als Verpflichteter erscheint, eines logischen Zwanges durch das Gesetz nicht gewährt sein kann, wenn der Behörde nach ihrem Ermessen die Wahl bleibt, den Ansprüchen der Berechtigten in der einen oder anderen Richtung stattzugeben oder sie sogar als nichtbestehend abzulehnen. Wohl bedeutet dieses Ermessen nicht willkürliche Entscheidungsmöglichkeit der Verwaltung, sondern derart rechtlich begrenzte und geregelte Macht, daß man sogar nach herrschender Meinung[62]) dem Untertanen grundsätzlich ein subjektives öffentliches Recht auf die richtige Ausübung des freien Ermessens zuerkennen kann. Das hebt aber nicht die bestehende Notwendigkeit auf, die zwingende Natur eines Rechtssatzes als Merkmal für die Annahme eines subjektiven öffentlichen Rechts mit zwangsweiser Verwirklichungsmöglichkeit als Tatbestandsmerkmal vorauszusetzen.[63]) Denn dieser allgemeine Anspruch gegenüber der Verwaltung gibt dem Untertanen noch nicht Gelegenheit, die einzelnen vom Ermessen der Behörde abhängigen Ansprüche eigenmächtig zu handhaben und mit Erfolg zu verwirklichen. —

Hat ein Rechtssatz diese drei zwanglos aus dem aufgestellten Rechtsbegriff ableitbaren Eigenschaften, so erzeugt er für den Untertanen ein subjektives öffentliches Recht, mag der Wille des Gesetzgebers auch noch so unklar zum Ausdruck kommen, mag sich der Rechtssatz äußerlich an die Behörde oder an den einzelnen Bürger selbst wenden.[64])

---

[62]) Vgl. v. Laun, „Freies Ermessen und seine Grenzen", 1910, Bühler (a. a. O. S. 21), Richter (a. a. O. S. 37 ff.) u. a.

[63]) a. M. Richter, a. a. O. S. 37 ff. und S. 65 f.

[64]) Die neuere Gesetzgebung hat sich von den sog. Reflexrechten immermehr abgewandt und gibt dem einzelnen auch schon in den Fällen, in denen die Verwaltung ohne Auferlegung von Pflichten zu seinen Gunsten tätig werden soll, eine feste rechtliche Stellung. Mit Recht! Denn die „Bindung der Verwaltung durch das Gesetz" erscheint der heutigen Zeit in dem Sinne als das Angemessene, daß sie dem begünstigten Bürger gegenüber aucht rechtlich verpflichtet und den Untertanen ein subjektives öffentliches Recht eingeräumt wird. (Vgl. auch RGZ Bd. 106, S. 167 ff.)

§ 5.

Die Grundlagen der allgemeinen bürgerlichen Freiheit.

Das Thema der vorliegenden Arbeit läßt sich in den folgenden beiden Fragen klar bestimmen: Gibt es ein Streikrecht im Sinne eines subjektiven Rechts? Wenn nicht, wie ist dann die Tatsache, daß der Staat in heutiger Zeit grundsätzlich nicht gegen den Streik einschreitet, rechtlich zu bewerten?

Der Beantwortung der ersten Frage dienten die dogmatischen Untersuchungen in den vorstehenden Kapiteln. Es gilt nunmehr die Grundlagen für ein etwaiges nicht subjektiv-öffentliches Streik-„Recht" oder, wie schon jetzt deutlicher ausgedrückt werden soll, für eine Streikbefugnis, eine Streikfreiheit näher darzulegen.

Jeder Mensch besitzt eine ihm innewohnende natürliche Freiheit. Das isoliert gedachte Individuum kann diese Freiheit rechtstheoretisch jederzeit ohne Rücksicht auf andere schrankenlos betätigen. *Tatsächliche* Eingriffe in diese Sphäre sind jedoch, wie die Geschichte der Menschheit zeigt, schon seit unvordenklichen Zeiten erfolgt. Eine *rechtliche* Beschränkung dieser Freiheit konnte aber erst mit der Unterordnung des Individuums unter einem Gesamtwillen stattfinden. Von dieser Möglichkeit hat namentlich der Staat als berufenster Träger dieses Gesamtwillens und zugleich als Inhaber der höchsten Gewalt Gebrauch gemacht.

Jedes einem Staate angehörende Individuum besitzt nach der modernen Theorie der Volkssouveränität als Teil des Staatsvolkes eine doppelte Qualität: Es ist als Bürger an der Bildung des Gemeinschaftswillens beteiligt und zugleich als Untertan ihm unterworfen.[65]) Der Staat ist als soziale Verbandseinheit nicht nur, wie von den das Naturrecht überwindenden Lehren vom Staate einseitig oder doch als Haupteigenschaft angenommen wurde, ein herrschaftlicher Verband, dem die das Volk bildenden Individuen als Objekte des Imperiums unterworfen sind; er bildet vielmehr vermöge seiner Einheit zugleich eine Genossenschaft, der alle Bürger als Mitglieder und Elemente des personifizierten Staates koordiniert angehören.

Als Objekte der Herrschergewalt stehen die einzelnen in einem reinen Pflichtverhältnis zum Staat, als seine Glieder sind sie Rechtssubjekte.[66])

Die dem Staate gegenüberstehende Rechtssubjektivität kommt in der staatlichen Anerkennung der gliedlichen Stellung des Individuums in

[65]) Vgl. insbesondere Rousseaus Unterscheidung vom „citoyen" und „sujet" (contr. social, I, 6).

[66]) So auch Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 408.

der Volksgemeinschaft zum Ausdruck. In dieser Anerkennung liegt aber zugleich die Anerkennung des Menschen als Person, d. h. als mit rechtlichen Ansprüchen gegen die Staatsgewalt ausgestatteten Staatsgenossen, der dieser nur so weit unterworfen ist, als das Recht es anordnet. Das bedeutet aber, daß jeder staatliche Anspruch gegen den Bürger rechtlich begründet sein muß. Der Komplex von Möglichkeiten, der dem einzelnen nach Abzug der rechtlichen Beschränkungen an individueller Betätigung verbleibt, bildet seine nicht nur tatsächlich, sondern vermöge der Abgrenzung der Staatsgewalt und der Anerkennung der Persönlichkeit auch rechtlich anerkannte Freiheitssphäre.[67])

Eine genaue Bestimmung oder Abgrenzung dieser Sphäre ist nicht möglich. Sie wird unter dem Einfluß wirtschaftlicher Veränderungen und politischer Strömungen stets mancherlei Schwankungen ausgesetzt sein. Ein Blick auf die Geschichte zeigt, daß der Staat die Freiheit des einzelnen im Laufe der Jahrhunderte immer stärker eingeengt hatte. Unter dem Einfluß der neuzeitlichen Ideen im 18. Jahrhundert suchte alsdann das Individuum diese Freiheitssphäre in möglichst weitem Maße wiederzugewinnen und sicherzustellen. Diese Bestrebungen führten zum Erfolg und fanden ihren Niederschlag in der Verkündung der allgemeinen bürgerlichen Freiheit in den einzelnen Verfassungsurkunden seit dem Ausgange des 18. Jahrhunderts.[68]) Die gesamte Freiheitssphäre des Individuums, diese nie feststehende und nie klar erkennbare Summe menschlicher Betätigungsmöglichkeiten in feste Formen zu pressen, war nicht möglich. So verkündete man wahllos eine Reihe von Freiheitsrechten, die zu erreichen den jeweils herrschenden politischen Richtungen am meisten am Herzen lag. Die Anerkennung und Aufnahme dieser „Rechte" in den Verfassungsurkunden stellt daher nicht die bürgerliche Freiheit als ganzes dar, sondern die z. Zt. ihrer Entstehung als besonders wichtig und schutzbedürftig empfundenen Betätigungsformen dieser Freiheit.[69]) Es ist deshalb juristisch nicht korrekt, von „Freiheitsrechten" zu sprechen, da es nur eine „Freiheit im Singular"[70]) gibt, nämlich die Freiheit vom Staat.

Der Inhalt dieser Freiheit ist in erster Linie negativ, es handelt sich um die Sphäre des Unverbotenen, des rechtlich Irrelevanten,[71]) die dadurch geschützt ist, daß der einzelne Anspruch auf seine Anerkennung durch den Staat hat. Dieser Anspruch gehört zum po-

[67]) Vgl. auch Fleiner, Institutionen, S. 149 ff.; a. M. Giese (Grundrechte, S. 57 ff.), der dieser Freiheit nur insoweit rechtliche Bedeutung beimißt, als sie ausdrücklich anerkannt wird. Der übrige Bereich der nicht anerkannten natürlichen Freiheit ist nach ihm auf Grund der staatlichen Allmacht jedem staatlichen Eingriff unterworfen.

[68]) Wegen der rechtswissenschaftlichen Bedeutung dieses Vorgangs vgl. oben § 2.

[69]) Jellinek, System, S. 94 ff.; a. M. Giese, Grundrechte, S. 57 ff.

[70]) Jellinek, System, S. 103.

[71]) Jellinek, System, S. 46, 50, 104.

sitiven Status des Individuums;[72]) mit ihm kann es vom Staate Aufhebung jeder gesetzlich nicht begründeten Störung seiner Freiheitssphäre durch die Behörden verlangen.

Neben dem Kompler verfassungsmäßig gesicherter Teile der allgemeinen, rechtsstaatlich anerkannten bürgerlichen Freiheit bestehen aber noch in einer Reihe von anderen Gesetzen zahlreiche ausdrücklich formulierte Freiheitsrechte,[73]) durch die ebenfalls ein besonderer Schutz gewährleistet wird. — Diesem Kreis der staatlich — verfassungsmäßig oder gesetzlich — ausdrücklich anerkannten Freiheitsrechte, die man mit Groh[74]) als „benannte" Freiheiten bezeichnen kann, steht das nur negativ bestimmbare übrige Reich des Unverbotenen, die Summe der „unbenannten" Freiheiten, gegenüber. Die klare Trennung dieser beiden Sphären ist nicht allein mit der Ausbildung und singulären Aufzählung bestimmter Freiheiten in den Grundrechten historisch zu erklären und zu begründen. Ihr liegt eine besondere juristische Bedeutung zugrunde; denn der Rechtsschutz, der beiden Freiheitsarten zukommt, ist in seiner Wirkung ungleichmäßig ausgebildet, ja, er weist sogar innerhalb der benannten Freiheiten selbst wiederum wesentliche Unterschiede auf:

Die bürgerliche Freiheit umfaßt das große Gebiet des rechtlich Irrelevanten, in dem infolge des neutralen Verhaltens des Rechts alle menschliche Betätigung vom staatlichen Zwange freibleibt. Da aber bei der Allmacht des Staates, jede Rechtsordnung zu ändern, diese Freiheit durch Gesetze wieder eingeschränkt oder aufgehoben werden kann, so ist ihr Wesen nicht allein in dem Verzicht des Staates auf Beschränkung im Wege der Gesetzgebung bzw. in der Tatsache der rechtlich formulierten Anerkennung zu erblicken; bürgerliche Freiheit bedeutet vielmehr vornehmlich Freiheit vor rechtlichen Eingriffen.[75]) Damit ist aber umgekehrt zum Ausdruck gebracht, daß jede gesetzlich sanktionierte Beschränkung zulässig ist; denn bürgerliche Freiheit ist nicht Freiheit schlechthin, sondern gesetzlich geregelte Freiheit.[76])

Die Bedeutung einer Abgrenzung der verschiedenen Erscheinungsformen der bürgerlichen Freiheit gegeneinander liegt nun zunächst in der Tatsache, daß man gewisse, besonders schutzbedürftige Interessen in die Verfassung aufnahm, um gesetzgeberische Maßnahmen gegen sie durch den Staat möglichst zu erschweren. Damit sind alle benannten Freiheiten, soweit sie in der Verfassung aufgezählt sind, auch durch diese garantiert; ihre Beschränkung kann daher, sofern das

[72]) Jellinek, System, S. 105.

[73]) z. B. die Vereinsfreiheit, die Gewerbefreiheit und die Koalitionsfreiheit im deutschen Kaiserreich.

[74]) a. a. O. S. 4.

[75]) Jellinek, System, S. 96.

[76]) Jellinek, System, S. 102.

Staatsgrundgesetz nicht selbst anderes bestimmt, nur wieder in der Form eines verfassungändernden Gesetzes erfolgen. So ist z. B. die Durchbrechung des Grundsatzes der durch Art. 159 für jedermann und alle Berufe uneingeschränkt gewährleisteten Vereinigungsfreiheit nur im Wege der Verfassungsänderung möglich. Die Art. 111, 112 und 114 garantieren die Freizügigkeit, Auswanderungsfreiheit und persönliche Freiheit; sie durchbrechen diesen Grundsatz aber selbst, indem sie diese Freiheiten nur nach Maßgabe der Reichsgesetze (Art. 111 und 112) oder überhaupt der Gesetze, also auch der Landesgesetze (Art. 114) legislatorisch schützen.[77]) [78])

Neben der besonderen Hervorhebung dieser verfassungsmäßig anerkannten Freiheiten ist aber in einem Bundesstaat wie dem Deutschen Reich die Unterscheidung der reichsrechtlich statuierten von den nur landesrechtlich verkündeten Freiheiten von Bedeutung. Ist eine spezielle Freiheit durch Reichsgesetz ausdrücklich normiert und erschöpfend geregelt, so verbietet sich nach bekanntem Rechtsgrundsatze jeder staatliche Eingriff, der sich nur auf Landesrecht stützen kann. Das galt z. B. im Deutschen Kaiserreich für die Koalitionsfreiheit, Vereinsfreiheit und Gewerbefreiheit. Umgekehrt ist es natürlich durchaus möglich, daß ein Reichsgesetz eine nur landesrechtlich benannte Freiheit beschränkt oder zur Aufhebung bringt.

Welche Bedeutung kommt nun im Rahmen dieser Untersuchung dem Gebiete der unbenannten Freiheit zu, der weiten Sphäre bürgerlicher Freiheit, die nicht verfassungsmäßig, reichsrechtlich oder landesrechtlich verankert ist, auf deren Anerkennung aber der Bürger einen öffentlichrechtlichen Anspruch hat? Für den Einheitsstaat ergibt sich nach dem bisher Gesagten ganz offensichtlich, daß *jeder* staatliche Eingriff in diese Sphäre des rechtlich Irrelevanten und Unverbotenen zulässig ist, sofern er seine gesetzliche Sanktion erhalten hat. Für die besonderen Verhältnisse des Bundesstaats aber fragt es sich, ob dem Staate Zugang zu dem Gebiete unbenannter Freiheit nur auf dem Wege der Reichs- oder auch der Landesgesetzgebung verschafft werden kann: Auch im Bundesstaat gibt es nur eine einheitliche staatsfreie Sphäre.[79]) Das Reich hat sich das Prinzip des Rechtsstaats zu eigen gemacht, erkennt die Persönlichkeit an und bringt zum Ausdruck, daß in das Gebiet der allgemeinen Freiheitssphäre nur im Wege der Gesetzgebung eingegriffen werden darf. Diese Tatsache macht aber

[77]) Wenn auch die Summe der reichs- bzw. auch landesrechtlichen Einschränkungen der völligen Regierung der speziellen Freiheit gleichkommen kann, so wird man doch aus formalrechtlichen Gründen für die Aufhebung des *Grundsatzes* der Freizügigkeit, Auswanderungsfreiheit und persönlichen Freiheit wohl ein verfassungänderndes Gesetz verlangen müssen.

[78]) Verschiedenheiten in der Rechtsposition der Grundrechte ergeben sich auch mit Rücksicht auf Art. 48, II, RV.

[79]) Vgl. Giese, **Grundrechte**, S. 82.

die Einschränkung des Kreises der unbenannten Freiheitssphäre durch die Landesgesetzgebung nicht unmöglich; denn es ist damit nicht ausgesprochen, daß die Länder in dieses Gebiet überhaupt nicht eingreifen dürften. Diese Befugnis verbleibt ihnen vielmehr kraft des Grundsatzes, daß die Landesgesetzgebung sich überall dort regelnd betätigen darf, wo die Reichsgesetzgebung schweigt.[80]) Nur in den Fällen, in denen sich das Reich legislatorische Maßnahmen ausdrücklich vorbehalten oder auf dem Gebiete konkurrierender Gesetzgebung schon ausgeübt hat, ist ein landesrechtlicher Eingriff unmöglich; dann wird es sich aber stets um ein benanntes Freiheitsrecht handeln.

Es ergibt sich somit, daß es im Rahmen der allgemeinen bürgerlichen Freiheit für die rechtliche Tragweite einer speziellen Freiheit und ihren juristischen Schutz von wesentlicher Bedeutung ist, ob sie als Grundrecht in die Verfassung aufgenommen, reichs- oder landesrechtlich ausdrücklich gewährleistet oder nur als unbenannte Freiheit dem Bürger zuerkannt ist. Die Klarstellung dieser verschiedenen Abstufungen wird auch für die rechtliche Bewertung einer sich evtl. ergebenen Streikfreiheit von Wichtigkeit sein.

§ 6.

Die rechtliche Natur der Grundrechte.

Die Grundrechte haben ihren Ausgangspunkt von den sogenannten Menschen- und Bürgerrechten genommen. Zuerst in England formuliert (1627: Petition of rights, 1679: Habeas-corpus-Akte, 1689: Bill of rights) wurden sie von den englischen Auswanderern nach Amerika gebracht und 1776 zunächst in Virginien, bald darauf aber auch bei der Unabhängigkeitserklärung der Vereinigten Staaten von Nord-Amerika zum Bestandteil von Verfassungsurkunden gemacht.[81]) Nachahmungen enthielten die französischen Staatsgrundgesetze von 1787 und 1791, und ihnen folgend hat in fast ununterbrochener Reihenfolge eine europäische Verfassung nach der anderen die Aufzählung eines Katalogs derartiger Rechte unternommen.

Juristisch betrachtet sind die Grundrechte, soweit sie nicht lediglich programmatische Bedeutung besitzen, zunächst lediglich objektive Rechtsnormen, deren Funktion sich kaum besser ausdrücken läßt als durch die nicht Gesetz gewordene Bestimmung des Art. 107 des Verfassungsausschußentwurfes: „Die Grundrechte bilden Richtschnur und Schranke für die Gesetzgebung, die Verwaltung und die Rechtspflege

[80]) So auch Groh, a. a. O. S. 20, 64 ff.

[81]) Näheres vgl. Jellinek, die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 3. Aufl., 1919.

im Reich und in den Ländern."[82]) Erschöpft sich die juristische Bedeutung dieser Rechte darin, objektive, in die Form subjektiver Berechtigungen eingekleidete Rechtsnormen darzustellen, welche die freie Betätigung wichtiger individueller Interessen besonders gewährleisten und der Staatsgewalt besondere Schranken ziehen sollen, oder erwachsen aus dieser Beschränkung der Staatsgewalt dem einzelnen Untertanen subjektive öffentliche Rechte gegen den Staat? Der alte Streit über diese Frage, im Kaiserreich allmählich zu einer mehr theoretischen Kontroverse geworden, hat durch die Garantierung zahlreicher Grundrechte in der neuen Reichsverfassung von 1919 eine starke Belebung und praktische Bedeutung erlangt.

Auch hier muß zu diesem Problem Stellung genommen werden; denn eine Entscheidung über das Streikrecht kann bei der üblichen Herleitung dieses Rechts aus Art. 159 RV nur durch eine Erfassung der juristischen Bedeutung des Grundrechts der in diesem Artikel gewährleisteten Vereinigungsfreiheit und der Grundrechte überhaupt gefällt werden.

Die subjektiv-rechtliche Natur der Grundrechte ist zuerst von v. Gerber, dann von Laband, Seydel, O. Mayer, Bornhak u. a. geleugnet, dagegen von v. Roenne, Gierke, Loening, Arndt u. a. bejaht worden, während Zorn die Streitfrage unentschieden läßt und wiederum andere, wie z. B. Schwarz, sie für belanglos erklären. Eine besondere Stellung nehmen Jellinek und Dantscher v. Kollesberg ein. Die moderne Literatur steht in ihrer Majorität auf einem vermittelnden Standpunkt und erklärt einen Teil der Grundrechte unter gewissen Bedingungen für subjektive öffentliche Rechte (z. B. Anschütz, Giese, Stier-Somlo und Bühler). —

Durch die Grundrechte wird wie durch subjektive öffentliche Rechte von der objektiven Rechtsordnung eine bestimmte rechtliche Stellung des Untertanen zum Staat geschaffen. Es bedarf jedoch genauer Prüfung, ob man diese Stellung auch als Recht bezeichnen kann: Die Grundrechtsnormen haben den Zweck, bestimmte Rechtsgüter der Bürger zu schützen; verpflichtet wird durch diese Normen der Staat bzw. seine Behörden. Insoweit stimmt also ihre Rechtsnatur mit der der subjektiven öffentlichen Rechte überein. Die übrigen Momente lassen sich jedoch nicht mit gleicher Sicherheit klar erkennen, und sind daher eingehender zu prüfen. Der Begriff „subjektives öffentliches Recht" verlangt nämlich weiter, daß das Recht im Individualinteresse geschaffen ist, daß der Untertan den Rechtssatz eigenmächtig handhaben und auch im Falle seiner Verletzung mit Erfolg verwirklichen kann:

Aus der historischen Entwickelung der Grundrechte ergibt sich, daß diese Normen unmittelbar dem Schutze von Individualinteressen

[82]) Vgl. stenographische Berichte S. 1498 ff., 1557 ff.; Protokolle des Verfassungsausschusses S. 543.

dienen sollen. Wenn auch der Staat an ihnen insofern Anteil nimmt, als sie das Wohl seiner Mitglieder betreffen, so ging doch von Anfang an das Streben dahin, durch sie besonders schutzwürdige Interessen der Bürger vor staatlichen Eingriffen zu sichern.

Ebenso wird man zugunsten einer Übereinstimmung beider Rechtsformen annehmen dürfen, daß dem Berechtigten auch die eigenmächtige Handhabung des Rechtssatzes, d. h. die Entscheidung über die Durchführung des Rechtsschutzes zusteht. Daß der Staat als Verpflichteter im Falle der Verletzung eines Grundrechts seine Behörden selbst, auch ohne Zutun des Verletzten, ja sogar gegen seinen Willen, zur Beseitigung des gesetzwidrigen Zustandes anhalten kann, steht m. E. dieser Auffassung nicht entgegen,[83]) ganz abgesehen davon, daß der Staat, wie die Praxis lehrt, in den überwiegenden Fällen, wenn nicht immer, erst auf Betreiben des in seinen Rechten Verletzten eine Wandelung vornimmt.

Sollen die Grundrechte die Natur subjektiver öffentlicher Rechte besitzen, so müssen endlich die Berechtigten ihren Rechtsschutzanspruch auch mit Erfolg verwirklichen können. Diese Möglichkeit ist aber nur gegeben, wenn die Norm nicht so allgemein und programmatisch gefaßt ist, daß sie für das Individuum wertlos ist, und wenn es ferner Institutionen gibt, an die es sich im Falle ihrer Verletzung wenden, und von denen es Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes verlangen kann. Jahrzehnte hindurch war von beiden Erfordernissen bei den Grundrechten keine Rede. Erst in neuerer Zeit sind eine Anzahl dieser Verfassungsbestimmungen in so konkreter Form geschaffen worden, daß sie als subjektive Rechte in Betracht kommen können. Die Ausbildung der Verwaltungsgerichtsbarkeit hat alsdann dem Bürger in einzelnen Fällen die Möglichkeit gegeben, bei Verletzung eines in seinem Interesse erlassenen Rechtssatzes zwecks Beseitigung des normwidrigen Zustandes den Eintritt staatlicher Rechtshilfe in Anspruch nehmen zu können.[84]) Dieser Fall trifft aber keineswegs bei allen bestimmt formulierten Grundrechten ohne weiteres zu; sie sind nicht seit der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit plötzlich alle durchsetzbar geworden. Nur soweit die von einzelnen Grundrechten behandelten Materien der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte unterstehen, ist ihre Verwirklichung in die Hand des verletzten Individuums gelegt.[85]) — In ihrer Gesamtheit wird man daher diese Verfassungsbestimmungen, nach dem Kriterium der Erzwingbarkeit betrachtet, nicht als subjektive öffentliche Rechte anerkennen können. Nur soweit unter Ausschluß aller programmatischer Grundsätze der Schutz und die evtl.

[83]) a. M. Giese, Grundrechte, S. 72.

[84]) Vgl. Holzendorff-Kohler, a. a. O. S. 276, 295 ff., Fleiner, a. a. O. S. 211 ff., O. Mayer, a. a. O. S. 133 ff.

[85]) So auch Giese, Grundrechte, S. 74.

Durchsetzung einzelner Grundrechte Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist, kommen sie als subjektive öffentliche Rechte in Betracht. Fehlt dieser Rechtsweg, so wird man diese, wie die übrigen Grundrechte lediglich als Normen objektiven Rechts, die aus ihnen erwachsenden Berechtigungen nur als Reflexwirkungen dieses Rechts bezeichnen können.

Die Bedeutung der im vorhergehenden allgemein behandelten Grundrechtsfrage hat, wie erwähnt, mit der Entstehung der neuen Reichsverfassung von 1919 noch erheblich zugenommen. Der zweite Teil dieses Gesetzes enthält nämlich neben den traditionellen Grundrechten eine Fülle von Vorschlägen und Anregungen sozialer, religiöser, geistiger und wirtschaftlicher Art.[86]) Infolgedessen ist bei der Prüfung der subjektiv-öffentlichen Rechtsnatur einzelner Grundrechte der neuen Reichsverfassung insbesondere auf ihre allgemeine rechtliche Bewertung Gewicht zu legen. Nicht viele dieser Gesetzesbestimmungen können Anspruch darauf erheben, aktuelles, sofort und unmittelbar anwendbares Recht zu sein, geschweige denn wirkliche subjektive öffentliche Rechte zu begründen.[87]) — — —

Die Aufgabe des hier abschließenden dogmatischen Teils galt der Klarstellung des Begriffs der subjektiven öffentlichen Rechte auf der Grundlage des allgemeinen subjektiven Rechts und einer Erörterung des Wesens der bürgerlichen Freiheit unter besonderer Berücksichtigung der juristischen Natur der Grundrechte. Das Ergebnis dieser dogmatischen Erörterungen wird in dem folgenden Hauptteile dieser Arbeit für die Entscheidung über die wahre Natur des sog. Streikrechts von maßgebender Bedeutung sein.

---

[86]) Im Verfassungsausschuß selbst wurde dieser Abschnitt deshalb als „interfraktionelles Parteiprogramm" bezeichnet.

[87]) a. M. z. B. Hubrich, a. a. O. S. 195.

II. Teil.

§ 7.

Die geschichtliche Entwickelung des deutschen Koalitionsrechtes bis zum Jahre 1918.

Für den Gegenstand dieser Untersuchung kommt bei der folgenden Erörterung vorwiegend die Entwicklung des Rechts der Vereinigungen von Arbeitnehmern in Betracht, die den Zweck haben, auf die Arbeitsverhältnisse ihrer Mitglieder einzuwirken.

Eine Koalitionsbildung setzt zunächst eine gewisse Kulturhöhe ihrer Träger voraus. Sie erfordert in rechtlicher Beziehung ferner aber auch die Möglichkeit einer Einwirkung auf das Arbeitsverhältnis, wie sie erst durch den freien Arbeitsvertrag (im Gegensatz zum Sklaven- und Hörigendienst) gegeben war.

Das Altertum hat bei der vorwiegenden Beschäftigung von Unfreien anscheinend keine Vereinigungen von Arbeitnehmern gekannt[88]) Erst viele Jahrhunderte später, mit dem Verfall der Zunftverfassung und der zunehmenden Verschlechterung des Verhältnisses zwischen Meistern und Gesellen, setzte im Mittelalter ein reger Zusammenschluß der Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu wirtschaftlichen Interessenvertretungen, den Meister- und Gesellenverbänden ein.[89]) In heftigen Kämpfen mit den Zünften und den mit ihnen engverbundenen Ratsverwaltungen gelang es den Gesellenverbänden, bis zum Ende des fünfzehnten Jahrhunderts die gesamte Gesellenschaft des Reiches und der Nachbarländer einheitlich zusammenzuschließen und eine starke wirtschaftliche Machtstellung zu erringen.

Der seit dem Ausgang des Mittelalters die freie Genossenschaftsbildung zurückdrängende Gedanke der obrigkeitlichen Beherrschung des gesamten sozialen Lebens und die vielfach mißbräuchliche Anwendung der verbandsmäßigen Kampfmittel durch die Gesellen kam in den

---

[88]) Wenigstens schweigen die Quellen darüber; vgl. Kaskel, a. a. O. S. 222, und Bogs bei Kaskel, Koalitionen.

[89]) Vgl. Gierke, „Die Wurzeln des Dienstvertrages" in der Festschrift für Brummer, 1914; Reindel, „Die deutsche Gewerkschaftsbewegung", 1921; Ritscher, „Koalitionen und Koalitionsrecht in Deutschland bis zur Reichsgewerbeordnung", 1917; Schanz, „Das deutsche Gesellenwesen", 1877, u. a.

folgenden Jahrhunderten in einer sich immer stärker auswirkenden koalitionsfeindlichen Gesetzgebung zum Ausdruck.[90]) Nach vielen Mißerfolgen und vergeblichen Versuchen brachte schließlich auf Drängen von Brandenburg-Preußen die Reichszunftverordnung von 1731 ein allgemeines Verbot der Gesellenverbände und schwere Strafandrohungen für die Anwendung von wirtschaftlichen Kampfmaßnahmen. Praktische Auswirkungen zeigten diese Bestimmungen jedoch erst mit dem Erlaß entsprechender landesrechtlicher Verordnungen auf Grund des erwähnten Reichsgesetzes, die im Laufe der nächsten Jahrzehnte zu einem nahezu für das ganze Reichsgebiet geltenden Koalitions- und Streikverbot führten.

Unter dem Einfluß der französischen Revolution von 1789 und der herrschenden naturrechtlichen Lehre von der individuellen Freiheit des Bürgers wurden diese Verbote vielfach noch wesentlich verschärft.[91]) Diese Rechtslage blieb auch für Preußen nach der Einführung der Allg. Preuß. Gewerbeordnung von 1845 unverändert von Bestand; trotz der Einführung der Gewerbefreiheit wurde an dem allgemeinen Koalitionsverbote festgehalten.[92])

Die Träger der neuen Koalitionsbewegung, die schon im Jahre 1824 in England zur Einführung der Koalitionsfreiheit führte, waren die im Dienste der kapitalistischen Unternehmer stehenden Lohnarbeiter, die bereits in der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts entsprechend dem steten Anwachsen großer Industrien eine immer stärker werdende besondere Bevölkerungsschicht, den sogenannten vierten Stand, bildeten. Infolge der wirtschaftlichen Überlegenheit der Unternehmer und des starken Angebots an Arbeitskräften gerieten die besitzlosen Arbeiter vielfach in eine vom Arbeitgeber gewissenlos ausgenutzte Notlage und bedurften daher in weit höherem Maße eines organisatorischen Zusammenschlusses als die Handwerksgesellen. Aus dieser Erkenntnis heraus erfolgte im äußerem Zusammenhang mit der Revolution von 1848 ein allgemeiner Umschwung der Anschauungen zugunsten der

---

[90]) Ein gewisses Vereinigungsverbot der Gesellen, das aber fast nirgends durchgeführt wurde, sah schon die Reichspolizei-Verordnung von 1530 vor. Es wurde mit verschärften Strafandrohungen in den Reichspolizei-Verordnungen von 1548 und 1577 sowie in zahlreichen Reichstagsabschieden wiederholt.

[91]) Vgl. z. B. Allg. Landrecht, II, 8, §§ 396 – 399. – Dieses Ergebnis, das zu den freiheitlichen Ideen der damaligen Zeit in einem scheinbar paradoxen Verhältnis steht, läßt sich nur so erklären, daß der liberale Gedanke der Nichteinmischung des Staates in das einzelne Arbeitsverhältnis im Interesse einer uneingeschränkten, individuellen Betätigung auch die Einwirkung einer zwischen dem Staat und dem einzelnen stehenden Organisation für unzulässig erklärte.

[92]) Ähnlich war die Entwickelung in den anderen deutschen Staaten, die zum Teil die schon eingeführte Gewerbefreiheit wieder beseitigten. Dieser Rückschlag war jedoch nur vorübergehend.

Koalitionsfreiheit,[93]) der zuerst in Sachsen 1861 zur Aufhebung der Koalitionsverbote führte. Es folgten 1863 Weimar, 1867 Preußen[94]) und, wenn auch mit erheblichen Einschränkungen, 1869 der norddeutsche Bund in den §§ 152 und 153 der neuen Gewerbeordnung, die 1872 für das gesamte Reichsgebiet in Geltung trat. In dieser Form hat das Koalitionsrecht, nur mittelbar durch das Reichsvereinsgesetz von 1908 betroffen, bis zum Weltkriege bestanden[95]): Die Koalitionsfreiheit galt nur für die der Gewerbeordnung unterstellten Personen, der staatliche Rechtsschutz blieb den Berufsverbänden vorenthalten und jeglicher Koalitionszwang war unter Strafe gestellt.

Der Weltkrieg hat diesen Rechtszustand und die im Grunde mehr feindlichen als freundschaftlichen Beziehungen zwischen Staat und Koalitionen wesentlich umgestaltet.[96]) Dem Bekenntnisse aller Gewerkschaftsrichtungen zum deutschen Vaterlande in den Augusttagen 1914 folgte die gesetzliche Anerkennung der Berufsvereine und ihre Beteiligung an den Aufgaben der Kriegswirtschaft. Das Gesetz vom 26. Juni 1916 brachte ihnen die langerstrebte Befreiung von den Vorschriften über politische Vereine[97]) und sicherte ihnen die Rechtsstellung, die ihren als berechtigt anzuerkennenden Bedürfnissen entsprach. Am 29. Mai 1918 wurde schließlich die strafrechtliche Ausnahmebestimmung des § 153 GewO beseitigt und damit den Vereinigungen die Verwirklichung des Koalitionszwanges freigestellt.[98]) Bei Beginn der Revolution bestand daher als einzige gesetzliche Be-

[93]) Die Koalitionsverbote bestanden zwar noch fort und wurden sogar in den 50er Jahren in Preußen noch erweitert (so für die Landarbeiter, die Dienstboten und Schiffsknechte 1854 und für die Bergleute und Bergwerksbesitzer 1860). Aber die neue Bewegung war nicht mehr aufzuhalten. Nachdem in den Grundrechten der Frankfurter Verfassung (§§ 161, 162; vgl. § 59!) wie auch in der Preußischen Verfassungsurkunde (Art. 29 und 30) die Vereins- und Versammlungsfreiheit gewährleistet worden war, widersprachen die Koalitionsverbote dem allgemeinen Rechtsgefühl und wurden daher nur noch wenig wirksam durchgeführt.

[94]) Schon im Jahre 1865 war nach jahrelangem Kampfe ein entsprechender Antrag angenommen worden; er wurde jedoch von der ersten Kammer abgelehnt.

[95]) Eine einschneidende, aber erfolglose Unterbrechung erlitt diese Periode der Koalitionsfreiheit und der freieren Gestaltung des Vereinsrechtes durch das Sozialistengesetz vom Jahre 1878 (bis 1890 in Kraft!), das alle sozialdemokratischen Vereine verbot und zur Auflösung der freien Gewerkschaften führte.

[96]) Der alte Gegensatz blieb aber auch in dieser Zeit bestehen. Der Staat machte den zu einem mächtigen Faktor im wirtschaftlichen Leben gewordenen Berufsvereinen nur notgedrungen unter dem Zwange der Kriegsverhältnisse die zu erwähnenden Konzessionen.

[97]) S. unten, Anm. 123.

[98]) Es handelt sich hierbei aber nur um eine gesetzgeberische Duldung des Koalitionszwanges. Verstoßen die Vereinigungen im einzelnen gegen den Tatbestand einer Strafgesetzbestimmung (Hausfriedensbruch, Beleidigung, Bedrohung, Körperverletzung u. a. m.), so bleiben die Täter strafbar; wird ein Arbeitgeber oder Arbeitnehmer durch den erfolgten Zwang geschädigt (z. B. durch Verrufserklärung bzw. Erzwingung der Entlassung), so steht dem Geschädigten ein Schadensersatzanspruch aus § 826, evtl. auch 823 BGB zu.

stimmung über das Koalitionsrecht nur noch der § 152 GewO, der seine Bedeutung bis heute noch nicht verloren hat[99]) und daher einer näheren Betrachtung zu unterziehen ist.

§ 8.

Die rechtliche Bedeutung des § 152 der Gewerbeordnung.

Es ist eine bestrittene Frage, inwieweit der § 152 GewO nach der Verkündung der neuen Reichsverfassung noch in Kraft ist. Die Ansichten in der Literatur gehen insbesondere hinsichtlich des § 152 Abs. 2 GewO stark auseinander.[100]) Eine eingehende Untersuchung dieser Gesetzesbestimmung und eine Stellungnahme zu der angegebenen Kontroverse, aus lediglich historischen Gründen vielleicht überflüssig, ist aber bei der gegenwärtig noch ungeklärten Rechtslage erforderlich, zumal verschiedentlich, auch noch in neuester Zeit, aus dem § 152 GewO ein Streikrecht der gewerblichen Arbeiter im Sinne eines subjektiven öffentlichen Rechts (!) hergeleitet worden ist.[101])

Der § 152 GewO lautet:

> Alle Verbote und Strafbestimmungen gegen Gewerbetreibende, gewerbliche Gehilfen, Gesellen oder Fabrikarbeiter wegen Verabredungen und Vereinigungen zum Behufe der Erlangung günstigerer Lohn- und Arbeitsbedingungen, insbesondere mittels Einstellung der Arbeit oder Entlassung der Arbeiter, werden aufgehoben.
>
> Jedem Teilnehmer steht der Rücktritt von solchen Vereinigungen und Verabredungen frei, und es findet aus letzteren weder Klage noch Einrede statt.

Der Umfang dieser vorstehenden Gesetzesbestimmung ist begrenzt. Der Kreis der begünstigten Individuen umfaßt nur bestimmte Personen, nämlich die gewerblichen Unternehmer und Arbeiter.[102]) Nicht hierher gehören z. B. ländliche Arbeiter, Hausgesinde und Beamte. Die Vorschrift bezieht sich ferner nur auf ganz bestimmte Verbindungen: „Verabredungen und Vereinigungen", d. h. zeitliche, „speziell transitorische" und dauernde, allgemein angelegte, organisierte Unter-

---

[99]) } S. S. 53 IV.
[100]) }

[101]) Vgl. Bühler, Streikrecht oder Streikfreiheit in „Arbeitsrecht", IX, S. 562 ff.

[102]) Dieser Kreis ist durch besondere Vorschrift noch erweitert auf Besitzer und Arbeiter von Bergwerken usw. (§ 154 a), die der Gewerbeordnung nicht unterstehen.

nehmungen von Menschen[103]) und beschränkt außerdem zugleich den Aufgabenkreis der gestatteten Verbände, der nur der Erlangung günstigerer Lohn- und Arbeitsbedingungen gewidmet sein darf.[104])

Gewährt der § 152 GewO dem einzelnen gewerblich tätigen Bürger ein subjektives (öffentliches) Koalitionsrecht? Das Gesetz drückt in dieser Bestimmung nur das negative Verhalten des Rechts aus und erklärt die Koalition für nicht verboten. Der Staat gibt hier also allen Untertanen unter gewissen Bedingungen einen Teil ihrer natürlichen Handlungsfreiheit zurück, den er ihnen kraft seiner obrigkeitlichen Gewalt entzogen hatte. Nach der Fassung des § 152 GewO würde man eine auf Grund dieser Vorschrift wieder erlaubte Betätigung der zurückerlangten Freiheit zunächst nur als in der Sphäre des Unverbotenen liegend ansehen können, welche dadurch geschützt ist, daß dem einzelnen ein Anspruch auf Anerkennung dieser Freiheit durch den Staat zusteht. Der negativen Ausdrucksweise des Gesetzes ist jedoch in diesem Falle keine prinzipielle, sachlich entscheidende Bedeutung beizulegen. Sie ist juristisch bedingt gewesen und mit Rücksicht auf die z. Zt. ihrer Abfassung entgegenstehenden Landesgesetze gewählt. Daher hat sich die herrschende Meinung mit Recht auf den Standpunkt gestellt, daß in dem § 152 GewO eine gesetzliche Normierung der Koalitionsfreiheit als einer speziellen, „benannten" Freiheit vollzogen sei.[105]) [106]) Dagegen ist es durchaus abwegig, diese Freiheit als ein subjektives öffentliches Recht anzusprechen. Die maßgebende objektive Rechtsnorm gibt dem einzelnen keine Berechtigung und keine rechtliche Macht, seine Ansprüche gegenüber rechtswidrigen Eingriffen staatlicher Behörden mit Erfolg zu verwirklichen. Sie stellt dem ein-

[103]) Vgl. z. B. Lotmar, a. a. O. S. 56; a. M. Maschke (a. a. O. S. 287), der in ihnen „ad hoc" gebildete „Kampfkoalitionen zwecks Erlangung günstigerer Lohn- und Arbeitsbedingungen" sieht. Vgl. auch RGStr Bd. 35, S. 205 ff.

[104]) Die Umgrenzung dieser letzten Einschränkung ist sehr strittig. Eine Einwirkung auf öffentliche Angelegenheiten in Verfolgung des Koalitionszweckes ist aber nach herrschender Meinung für unzulässig zu erachten; so Landmann, a. a. O. zu § 152 GewO, und Elster, Lexikon des Arbeitsrechts, 1910, S. 113 und 202, a. M. Lotmar, a. a. O. S. 52.

[105]) Landmann, a. a. O. zu § 152, Gaetcke, a. a. O. S. 13, vgl. auch Deutsche Juristen-Zeitung, 1908, S. 266 f. u. a. Nicht voll geteilt wird diese Ansicht von Lotmar, der diese Freiheit mit Rücksicht auf die früheren Zustände, auf die Zeit der Verfolgung der Koalitionen wegen der negativen Fassung des § 152 GewO nur als „Unverbotenheit und Straflosigkeit" anerkannt wissen will. Dieser Auffassung steht das Reichsgericht (z. B. RGStr Bd. 20, S. 69 ff.) nicht fern, wenn es den Inhalt des § 152 als strafrechtliches Privileg für die gewerblichen Arbeiter ansieht, neben dem die allgemeinen Strafgesetze unbeschränkt Anwendung finden. Vgl. auch Kaskel, a. a. O. S. 231.

[106]) Das Wort „Freiheit" ist zwar in dieser Gesetzesbestimmung nicht ausdrücklich erwähnt; das hier dem einzelnen Gewährte läßt sich aber doch gegenüber anderen Erscheinungsformen der bürgerlichen Freiheit und dem nicht näher bezeichneten Gebiet des allgemeinen Unverbotenen genügend scharf abgrenzen.

zelnen lediglich frei — und das auch noch in negativer Form! —, durch Verabredungen und Vereinigungen die Durchsetzung bestimmter Forderungen zu erstreben. —

Der § 152 GewO hat die Koalitionsfreiheit in ausdrücklicher Beschränkung nur den gewerblich tätigen Bürgern gebracht. Man kann m. E. daraus aber nicht schließen, daß allen übrigen Berufsgruppen (z. B. den Beamten, Seeleuten, Eisenbahnern, dem Gesinde und den Landarbeitern)[107]) diese Freiheit vom Staate vorenthalten wäre. Auch für diese Stände besteht eine, wenn auch „unbenannte" Koalitionsfreiheit, aber nur, sofern ihrer Betätigung keine gesetzlichen Schranken gezogen sind.[108]) Während der Staat den unter die Gewerbe-Ordnung fallenden Personen ihre spezielle Freiheit durch Aufhebung aller Koalitionsverbote in bestimmter Richtung garantiert hat, bewegt sich jede Koalitionsbetätigung anderer Berufsgruppen grundsätzlich in der unbenannten Sphäre des negativen status libertatis und ist den Beschränkungen jedes beliebigen, auch landesrechtlichen Gesetzes unterworfen. Diese öffentlich-rechtliche Zurücksetzung der nicht gewerblichen tätigen Personen hat aber in anderer Hinsicht den Vorzug, daß für die Vereinigungen dieser Gruppen die später noch näher zu erörternde Ausnahmebestimmung des § 152 Abs. 2 GewO nicht gilt und Koalitionsabreden klagbare Verbindlichkeiten sind. —

Die neue Koalitionsfreiheit ist nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes nur als Freiheit der Verabredung und Vereinigung zwecks Erlangung günstigerer Lohn- und Arbeitsbedingungen anerkannt und somit zwiefach begrenzt: Einmal hat der Staat die Möglichkeit, diese Freiheit als Teil des negativen Status nach Belieben wieder einzuschränken und zwar, da es sich um ein einfaches Reichsgesetz handelt, wiederum durch jede gleichartige gesetzgeberische Maßnahme. Sodann ist zu berücksichtigen, daß alle Verbote und Strafbestimmungen der Reichs- und Landesgesetze nur insoweit durch § 152 GewO aufgehoben sind, als sie die Koalitionsfreiheit zum Behufe der Erlangung günstigerer Lohn- und Arbeitsbedingungen unterbanden. Werden diese Zwecke von einer Vereinigung nicht verfolgt, oder geht sie darüber hinaus, so bewegt sie sich zwar wie alle andern nicht gewerblich tätigen Berufe grundsätzlich im Reiche des Unverbotenen. Aber in Ermangelung einer reichsrechtlichen anerkannten Freiheit ist hier jedem Landesgesetz die Möglichkeit gegeben, in diese Sphäre des rechtlich Irrelevanten einzugreifen und die Freiheit des Individuums zu beschränken.[109])

[107]) Für die beiden zuletzt genannten Gruppen beachte aber § 24, Abs. 3 des Reichsvereinsgesetzes.

[108]) Besonders starke Beschränkungen macht das Reichs- und Landes-Beamtenrecht.

[109]) So auch Groh, a. a. O. S. 17 ff.

Da der Staat trotz des notgedrungenen Nachgebens nach wie vor in dem Zusammenschluß der Arbeitnehmer eine Gefahr für Staat und Wirtschaftsleben erblickte, nahm er den nunmehr geduldeten Koalitionen zugleich wieder einen wesentlichen Teil ihrer Macht, indem er über die soeben garantierte freie Betätigungsmöglichkeit des einzelnen einen weitgehenden rechtlichen Boykott verhängte und der natürlichen Handlungsfähigkeit innerhalb dieser Sphäre die normale Rechtswirkung in bestimmter Beziehung versagte. Der § 152 Abs. 2 GewO soll der individuellen Freiheit einen besonderen Schutz gewähren. Er stellt, wie Lotmar[110]) mit Recht ausführt, eine juristische Anomalie dar: Der übereinstimmende Wille mehrerer, abgegeben in der Absicht, sich rechtlich zu binden, hat keine Rechtswirkung, erzeugt keinen Vertrag; denn aus solchen Verbindlichkeiten findet „weder Klage noch Einrede" statt.[111]) Diesem zivilrechtlichen Schutz entsprach in strafrechtlicher Beziehung der § 153 GewO, der die Ausübung des Koalitionszwanges unter Strafe stellte. Wie gegen diese Gesetzesbestimmung, deren Aufhebung im Jahre 1918 erfolgte, so kämpften namentlich die Gewerkschaften von jeher auch gegen den § 152 Abs. 2 der Gewerbeordnung; bis jetzt jedoch, wie später noch auszuführen sein wird, ohne Erfolg.[112]) —

Als Mittel, welche die Verabredungen und Vereinigungen zum Behufe der Erlangungen günstigerer Lohn- und Arbeitsbedingungen anwenden dürfen, nennt das Gesetz „insbesondere" die Einstellung der Arbeit und die Entlassung der Arbeiter. Diese Aufzählung wirkt unbestritten rein erläuternd und ist keinesfalls erschöpfend. Auf Grund des § 152 GewO darf nach herrschender Ansicht jedes Mittel im Wirtschaftskampfe angewandt werden, sofern es nicht die Beeinflussung der Staatsgewalt (Gesetzgebung, Sozialpolitik) zum Ziele hat oder unter die allgemeinen strafrechtlichen Bestimmungen fällt.[113]) — Die von einer Koalition zur Erreichung ihrer Zwecke angewandten Maßnahmen sind aber nicht mit der Koalitionsfreiheit identisch.[114]) Koalitionsfreiheit ist Vereinigungsfreiheit; nur die Bildung einer Vereinigung selbst — die Vereinigungsabrede — ist Betätigung innerhalb dieser benannten Freiheit, während die Anwendung von irgendwelchen Koalitionskampfmitteln — die sog. Kampffreiheit — nicht

---

[110]) a. a. O. S. 60.

[111]) Vgl. hierzu Gaetcke, a. a. O. S. 13.

[112]) Daß diese Bestimmung trotz der nicht unwesentlichen Benachteiligung der Vereinigungen und der rechtlichen Unwirksamkeit der Koalitionsabrede doch in erster Linie dem Schutze der individuellen Freiheit des einzelnen dient, wird noch an anderer Stelle ausgeführt werden (s. S. 54).

[113]) Vgl. v. Landmann, a. a. O. zu § 152 GewO, Anm. 3. — S. auch RGStr 51, S. 385 ff.

[114]) Eine ausführliche Behandlung dieser Frage wird erst bei der rechtlichen Würdigung des Art. 159 RV vorzunehmen sein.

mehr Betätigung innerhalb der Vereinigungsfreiheit ist, sondern in den Kreis der unbenannten Freiheitssphäre, des allgemein Unverbotenen fällt. Das tritt auch im § 152 GewO zutage. Wenn in dieser Bestimmung die Kampfmittel Streik und Aussperrung aus historischen Gründen besonders erwähnt sind, so wollte der Gesetzgeber damit nicht zum Ausdruck bringen, daß die Kampffreiheit von der Koalitionsfreiheit mit umfaßt werde, also im gleichen Umfange wie diese als reichsrechtlich benannte Freiheit anerkannt sei; der § 152 GewO bestimmt vielmehr nur, daß die Koalitionen auch dann unter die neue Freiheit fallen, die Vereinigungsabreden auch dann besonders geschützt sein sollen, wenn zur Erreichung des Vereinigungszweckes wirtschaftliche K a m p f maßnahmen angewandt werden. Die rechtliche Bewertung der zwar freigegebenen, aber nicht besonders gewährleisteten Kampfbetätigung selbst richtet sich dagegen mangels ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen.[115]) Nach diesen ist aber die Anwendung von erlaubten Mitteln zu Kampfzwecken nichts anderes als eine Betätigung der natürlichen Handlungsfreiheit, eine Betätigung im Rahmen der großen Sphäre unbenannter Freiheit, deren Einschränkung durch jedes Gesetz möglich ist.[116]) Die Folge dieser Auffassung ist, daß trotz der durch § 152 GewO reichsrechtlich anerkannten und benannten Koalitionsfreiheit landesrechtliche Streik- und Aussperrungsverbote zulässig gewesen wären.[117])

§ 9.

Das Reichsvereinsgesetz von 1908 und sein Verhältnis zum § 152 der GewO.

Neben den Spezialbestimmungen der Gewerbeordnung ist für die Koalitionen das öffentliche Vereins- und Versammlungsrecht von jeher von besonderer Bedeutung gewesen. Es war bis zur Jahrhundertwende nur landesrechtlich geregelt und enthielt, von der kurzen Zeit der Vereinigungsfreiheit nach 1848 abgesehen, zahlreiche Beschränkungen. Diese galten besonders für politische Vereine, als welche auch lange Zeit die Berufsverbände angesehen wurden.[118]) Nachdem schon

[115]) So auch Kaskel, a. a. O. S. 316.

[116]) So auch die herrschende Meinung; vgl. namentlich Kaskel, a. a. O. S. 315 f., Groh, a. a. O. S. 49 ff., Gaetcke, a. a. O. S. 17.

[117]) Vgl. oben S. 31 ff. — Damit wird schon an dieser Stelle die Ansicht Bühlers („Arbeitsrecht", IX, S. 562 ff.), neben dem Art. 159 RV auch aus § 152 GewO ein subjektives Streikrecht abzuleiten, als irrig abgelehnt.

[118]) Das war namentlich in Preußen der Fall. Als besonders lästige Verpflichtung wurde es angesehen, daß die politischen Vereine ihre Mitgliederlisten bei der zuständigen Behörde einreichen mußten und dadurch dauernd unter starker polizeilicher Aufsicht standen. In anderen Ländern, z. B. in Baden und Württemberg, wurden die maßgeblichen Gesetze freier gehandhabt.

das Notvereinsgesetz von 1899 einige Erleichterungen vorsah, brachte das Allgemeine Reichsvereinsgesetz von 1908 (RVG) eine umfassende reichsrechtliche Regelung mit wesentlichen Veränderungen und Verbesserungen. Alle Deutschen, also u. a. auch alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer, haben jetzt das Recht,[119]) sich zu allen mit den Strafgesetzen nicht in Widerspruch stehenden Zwecken, und zwar auch zur Erlangung günstigerer Lohn- und Arbeitsbedingungen in Vereinen zusammenzuschließen. Es wird kein Unterschied mehr gemacht zwischen gewerblichen und landwirtschaftlichen Arbeitern, zwischen Staatsarbeitern und Beamten.[120]) Da der Staat im § 152 GewO die Straffreiheit der Verabredung von Streiks, Aussperrungen und anderen bei Lohnkämpfen angewandten Mitteln garantiert hat, steht es nunmehr allen Reichsangehörigen auch frei, Vereine zur Durchführung von Streiks zu gründen.[121]) Mit dieser Erweiterung der individuellen Freiheitssphäre ist jedoch eine Änderung des bestehenden Rechtszustandes über den Streik nicht verbunden. Das RVG schützt nur das Recht, sich zu vereinigen, nicht aber die Betätigungsformen, die Zwecke, die ein auf Grund dieses Rechts entstandener Verein verfolgt. Der § 1 dieses Gesetzes drückt daher ebenfalls nur die öffentlich-rechtliche Gestattung des Streiks im Sinne einer unbenannten Freiheit aus, und zwar in demselben Sinn für alle Reichsangehörigen wie schon der § 152 GewO zugunsten bestimmter Berufskreise. Für das Gebiet des Privatrechts folgt daher aus der Tatsache, daß das Reichsvereinsgesetz dem einzelnen freistellt, dem Strafgesetz nicht zuwiderlaufende Zwecke gemeinsam zu verfolgen, noch nicht, daß auch alle damit zusammenhängenden Handlungen, die dem einzelnen bisher nicht erlaubt waren, gewissermaßen einen Freibrief erhalten sollen. Der Streik ohne Innehaltung der Kündigungsfristen oder sonstiger Vertragsbedingungen durch den einzelnen Arbeitnehmer ist Vertragsverletzung, auch wenn er von Mitgliedern eines sog. Streikvereins begangen wird.[122]) —

Für die Koalitionen bedeutet das Reichsvereinsgesetz zwar insofern einen Fortschritt, als die Garantien gegen willkürliches Vorgehen der Behörden durch die Einführung des Verwaltungsstreitverfahrens bei der Auflösung von Vereinen wesentlich verstärkt wurden. Aber die Beschränkungen, die ihnen als politischen Vereinen die früheren Landesgesetze, insbesondere in Preußen, auferlegt hatten, blieben infolge einer nicht dem Sinne des Gesetzgebers entsprechenden Rechtsprechung und Verwaltungspraxis auch nach dem Inkrafttreten des Reichsvereins-

[119]) „Recht" bedeutet hier aber nicht subjektives öffentliches Recht, sondern, wie sich aus dem RVG ergibt, nur öffentlich-rechtliche Gestattung. So auch Kaskel, a. a. O. S. 231.

[120]) Für die landw. Arbeiter vgl. aber § 24, III, RVG.

[121]) Vgl. Gaetcke, a. a. O. S. 15, 17.

[122]) Das wird bei der folgenden Erörterung des § 159 der Reichsverfassung näher auszuführen sein.

gesetzes von Bestand.[123]) Solange sich die Koalitionen im Rahmen des § 152 GewO nur mit den privaten Angelegenheiten ihrer Teilnehmer beschäftigten, ohne das sozialpolitische Gebiet zu berühren und die Berufsinteressen ihrer Mitglieder durch Einwirkung auf die Gesetzgebung oder Verwaltung zu fördern, unterstanden sie als wirtschaftliche Vereinigungen allein der Gewerbeordnung.[124]) Sobald sie aber über ihr eigentliches Gebiet hinausgingen und „das gewerbliche Leben mit seinen konkreten Interessen"[125]) verließen, wurden sie gemäß § 3 RVG als politische Vereine angesehen und fielen unter die einschränkenden Bestimmungen dieses Gesetzes (§§ 3, 17, 18 Ziff. 1, 5 und 6). Erst unter dem Drucke besonderer Verhältnisse[126]) gelang es im Jahre 1916 den Koalitionen, eine „authentische Interpretation"[127]) der §§ 3 und 17 RVG durchzusetzen und ihre unbeschränkte Einwirkung auf die Sozial- und Wirtschaftspolitik im Berufs- und wirtschaftlichen Interesse ihrer Mitglieder sicherzustellen.[128]) — Trotz dieses Schrittes zur freiheitlicheren Handhabung des Koalitionsrechtes blieb aber die feindliche Tendenz der vorrevolutionären Regierung bestehen. „Das Koalitionsrecht war ein lediglich staatlich geduldetes Recht."[129]) —

Einer besonderen Erwähnung bedarf an dieser Stelle die gegenwärtige rechtliche Natur der Berufsvereine. Insbesondere von Kaskel[130]) wird angenommen, daß sie als Träger staatlicher Aufgaben und auf Grund ihrer Anerkennung als „berufene Vertreter der Ar-

---

[123]) Schon bei der Beratung des RVG war mehrfach zum Ausdruck gebracht worden, daß die gewerkschaftlichen und ähnlichen Berufsvereine, wenn sie lediglich die Wahrnehmung nichtpolitischer Interessen ihrer Mitglieder durch Einwirkung auf die Gesetzgebung und Verwaltung bezweckten, nicht als politische Vereine anzusehen und zu behandeln seien. Dieselbe Auffassung vertraten auch die Reichsregierung und mehrere Bundesstaaten (vgl. z. B. die Ausführungsbestimmungen zum RVG für Bayern und Sachsen). Die Rechtsprechung nahm jedoch einen anderen Standpunkt ein (vgl. z. B. Preuß. Oberverwaltungsgericht, Entscheidung vom 4. 7. 1911) und sah in den Gewerkschaftsorganisationen politische Vereine, und zwar auch dann, wenn sie im Rahmen ihrer Berufsinteressen politische Zwecke verfolgten. Der Rechtsprechung schloß sich die Verwaltungspraxis an. Um nun die weder von der Reichsleitung noch von den verbündeten Regierungen gewollte erhebliche Hemmung der Bewegungsfreiheit der Berufsvereine zu beseitigen, erfolgte die genannte Änderung des RVG, die lediglich eine authentische Interpretation dieses Gesetzes darstellt.

[124]) Vgl. Pannier, „Reichsvereinsgesetz" 1911, S. 17 und Romen „Vereins- und Versammlungsrecht der Gewerkschaften und Gewerkvereine", 1917, S. 3 ff., 47.

[125]) RGStr Bd. 19, S. 385.

[126]) Die Unterstellung der Berufsorganisationen unter das öffentliche Vereinsrecht mußte zur Durchführung des Hilfsdienstgesetzes vom 5. 12. 1916 fallen gelassen werden (s. oben S. 39).

[127]) Romen, a. a. O. S. 4.

[128]) Reichsgesetz vom 26. 6. 1916 (RGBl 1916, S. 635).

[129]) Goerrig, „Das Arbeitsrecht im neuen Deutschland", 1919/20, Bd. I, S. 87.

[130]) a. a. O. S. 222, 234.

beiterschaft"[131]) Körperschaften des öffentlichen Rechts seien und insoweit eine juristische Teilpersönlichkeit besäßen. Dieser Ansicht ist nicht beizupflichten. Aus den, den Berufsvereinen im Einzelfall zugewiesenen öffentlich-rechtlichen Funktionen kann und darf m. E. nicht der Schluß gezogen werden, daß diese Funktionen die Folgeerscheinungen einer bereits vorhandenen öffentlich-rechtlichen Stellung dieser Verbände sind.[132]) Die Berufsvereine widersprechen nach ihrem Zweck einer an sich möglichen gewohnheitsrechtlichen Eingliederung in den Staatsorganismus als Selbstverwaltungskörper. Ausdrücklich ist ihre öffentlich-rechtliche Anerkennung durch den Gesetzgeber nicht erfolgt; einer solchen widerspricht auch die allerdings bestrittene Tatsache, daß der Staat durch die Gültigkeit des § 152 Abs. 2 GewO[133]) nach wie vor dem autonomen Gewerkschaftsrechte seinen Schutz versagt hat. Auch auf Seiten der Koalitionen würde die hier bekämpfte Ansicht auf starken Widerspruch stoßen. Denn die Eingliederung in den Staatsorganismus hätte notwendigerweise zur Folge, daß die Berufsvereine alsdann dem weitgehenden Aufsichtsrechte des Staates über öffentlich-rechtliche Körperschaften unterstehen und damit in dem freien wirtschaftlichen Machtkampfe stark behindert sein würden.[134]) Sie sind daher auch heute noch nur als Vereine im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches anzusehen, und zwar als solche Vereine, deren Geschäftsbetrieb nicht auf einen wirtschaftlichen Zweck gerichtet ist. Das bedeutet aber, daß die Berufsvereine privatrechtlich nur soweit rechtsfähig sind, als sie in das Vereinsregister eingetragen sind.[135]) Von dieser Möglichkeit haben im Gegensatz zu den Berufsorganisationen der Arbeitgeber die Arbeitnehmerverbände durchweg nicht Gebrauch gemacht, und zwar insbesondere deshalb, weil sie die Haftung des gesamten Vereinsvermögens für Handlungen ihrer Organe nach § 31 BGB fürchteten. Die Berufsvereine der Arbeitnehmer sind daher auch heute noch in rechtlicher Beziehung lediglich nicht rechtsfähige Vereine und unterstehen als solche nach § 54 BGB grundsätzlich dem Gesellschaftsrecht (§§ 705 ff. BGB).

---

[131]) S. die amtlich veröffentlichte Vereinbarung vom 5. 11. 1918 und Art. 165, Abs. 1, Satz 2 der Reichsverfassung; vgl. auch RGZ vom 30. 11. 23.

[132]) Die Streitfrage über die rechtliche Natur der juristischen Personen des öffentlichen Rechts und die begrifflichen Voraussetzungen ihres Vorliegens können hier nicht näher erörtert werden; vgl. hierzu O. Mayer, a. a. O., G. Jellinek, „Allgemeine Staatslehre" und O. von Gierke, „Deutsches Privatrecht".

[133]) S. unten S. 53 IV.

[134]) So auch dem Sinne nach Tatarin-Tarnheyden, a. a. O. S. 10; a. M. Herrfahrdt bei Kaskel, Koalitionen, S. 208 ff. und insbesondere S. 212 f.

[135]) Vgl. auch die §§ 61, 43, Abs. 4 BGB und Art. 124, Abs. 2 RV.

§ 10.

Der Artikel 159 der Reichsverfassung.

I. Nachdem schon der Aufruf der Volksbeauftragten vom 12. 11. 1918 das bisher uneinheitliche Recht der Koalition summarisch geregelt hatte, brachte der Art. 159 der neuen Deutschen Reichsverfassung eine grundsätzliche Neuordnung dieser Materie. Durch ein näheres Eingehen auf diese Gesetzesbestimmung wird sich am besten die allgemeine Frage des „Streikrechts" für die Gegenwart lösen lassen.

Der Art. 159 RV lautet:

> Die Vereinigungsfreiheit zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ist für alle Berufe gewährleistet. Alle Abreden und Maßnahmen, welche diese Freiheit einzuschränken oder zu behindern suchen, sind rechtwidrig.[136])

Die Vereinigungsfreiheit ist begrifflich eine besondere Art der allgemeinen Vereinsfreiheit, nämlich eine solche sozial und ökonomisch gleichgestellter Personen zu besonderen Zwecken gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Förderung gegenüber einem anderen sozialen Faktor.[137]) [138]) Man kann sie daher mit Sinzheimer[139]) als ein Standesrecht dieser Personen bezeichnen, das sich vornehmlich gegen die sozialen Gewalten richtet, während die allgemeine Vereinsfreiheit als traditionelles Grundrecht die Wahrung der individuellen Freiheitssphäre gegenüber dem Staat zum Inhalt hat.[140])

Damit ist schon zu der Streitfrage Stellung genommen, ob „Vereinsfreiheit" und „Vereinigungsfreiheit" identisch sind.[141])

Die in der historischen Entwickelung begründete grundsätzlich verschiedenartige Natur beider Freiheitssphären ist ursprünglich legis-

---

[136]) Rein philologisch betrachtet sind „Koalitionsfreiheit" und „Vereinigungsfreiheit" synonym. Der Verfassungsausschuß und ihm folgend die Nationalversammlung bevorzugten jedoch im Gegensatz zu den beiden ersten Entwürfen (E. I, § 22, Abs. 2; E. II, Art. 33, Abs. 2) den letzteren Ausdruck, und zwar nicht aus Verdeutschungseifer, sondern in der Absicht, eine Entscheidung über das nach dem bisherigen Sprachgebrauch in der „Koalitionsfreiheit" enthaltene Streikrecht zu vermeiden.

[137]) Stier-Somlo, a. a. O. S. 446 f.

[138]) Hierdurch unterscheidet sich die Koalition z. B. von den Trusts oder Konsumvereinen, die sich nicht notwendig aus Mitgliedern des gleichen gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen Standes zusammensetzen und keinen sozialen Gegenspieler aufweisen.

[139]) a. a. O. S. 40 f.

[140]) Vgl. Giese, Kommentar S. 288.

[141]) Die Kontroverse ist in der Literatur vielfach als unbedeutend oberflächlich behandelt oder auch ganz beiseite gelassen worden. Trotzdem lassen sich aber schon unter den wenigen eingehenderen Begründungen drei verschiedene Richtungen erkennen, deren eine (z. B. Kaskel, „Neues Arbeitsrecht", 1920, S. 103 und Potthoff, „Wörterbuch des Arbeitsrechts", 1920, S. 204) die Identität beider

latorisch zum Ausdruck gekommen. So erklärte z. B. die alte Preußische Verfassungsurkunde vom 31. 1. 1850 im Art. 30 Abs. 1 eindeutig die Vereinsfreiheit, ohne das in der damals gültigen Preußischen Gewerbeordnung von 1845 ausgesprochene Koalitionsverbot für die Arbeiter aufzuheben. Es bestand also eine Vereinsfreiheit neben einem Vereinigungs- bzw. Koalitionsverbot, ein Unding bei rechtlicher Identität beider Bezeichnungen. Durch das Reichsvereinsgesetz von 1908 wurden ferner die Koalitionsbestimmungen der Reichsgewerbeordnung nicht berührt oder gar Landesgesetze aufgehoben, die bisher zulässigerweise Koalitionsverbote für nicht gewerblich tätige Personen enthielten. Die neue Reichsverfassung hat diese Tendenz zur theoretischen Trennung beider Materien fast völlig aufgegeben. Der Art. 124 RV gibt allen Reichsangehörigen ohne sonstige Einschränkungen, insbesondere ohne Rücksicht auf die den Strafgesetzen nicht zuwiderlaufenden Zwecke, jegliche Freiheit zur Bildung beliebiger Vereinigungen. Denn jede Vereinigung ist nur in einer der beiden ausdrücklich genannten Grundformen „Verein" oder „Gesellschaft" denkbar.[142]) Die Vereinigungsfreiheit des Art. 159 RV gilt ebenfalls „für jedermann und für alle Berufe", sie betrifft aber nur Vereinigungen zur „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen". Das Verhältnis zwischen Art. 124 und Art. 159 ist mithin so zu verstehen, daß Art. 124 die allgemeine Vereinigungs- (= „Vereins"-) Freiheit verkündet, während Art. 159 die spezielle Vereinigungsfreiheit zu besonderen Zwecken feststellt. Das in diesem Artikel summarisch zusammengefaßte Koalitionsrecht bildet daher einen Bestandteil des allgemeinen Vereinsrechtes, der wegen der Besonderheit seiner Vereinigungen und der von ihnen verfolgten Zwecke bestimmten Sondergrundsätzen untersteht, die als lex specialis der lex generalis des allgemeinen Vereinsrechts vorgehen. — Trotzdem wird man aber nicht mit Groh[143]) aus dieser Tatsache den Schluß ziehen dürfen, daß auch der Art. 159 RV als

Ausdrücke unbedingt bejaht, während eine andere (z. B. Gätcke, a. a. O. S. 18 f. und Stier-Somlo, a. a. O. S. 464) den entgegengesetzten Standpunkt einnehmen. Eine dritte, vermittelnde Meinung vertritt insbesondere Groh, a. a. O. S. 12. — Die Feststellung des wahren Verhältnisses zwischen Vereinsfreiheit und Vereinigungsfreiheit ist praktisch wichtig mit Rücksicht auf Art. 48, Abs. 2 RV. Unter den Grundrechten, die der Reichspräsident im Ausnahmezustande aufheben kann, befindet sich auch der Art. 124 RV, nicht aber der Art. 159 RV. Die Stellungnahme zu dem obigen Problem würde daher zugleich auch die Frage aufrollen, ob der Reichspräsident den letztgenannten Artikel außer Kraft setzen kann.

[142]) A. M. z. B. Gätcke (a. a. O. S. 19) und Jacusiel (bei Kaskel, Koalitionen S. 69) mit m. E. nicht stichhaltigen Gründen. Die Tatsache, daß die Vereinigungen des Art. 159 nicht notwendig Vereine sind, da sie nicht wie diese von einer gewissen Dauer zu sein brauchen und für sie eine rechtliche Organisation nicht erforderlich ist, steht der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen. Denn schon die bloße Verabredung zur Erreichung eines bestimmten Einzelzwecks erfolgt in der Rechtsform des Gesellschaftsvertrages.

[143]) a. a. O. S. 87.

eine Norm des allgemeinen Vereinsrechts auf Grund des Art. 48 II RV vom Reichspräsidenten außer Kraft gesetzt werden kann. Denn die Aufzählung der sieben Grundrechte im Art. 48 II ist nach der herrschenden Meinung in der Wissenschaft und Praxis, sowie der mehrfach zum Ausdruck gekommenen Ansicht der Reichsregierung mit Recht als erschöpfend anzusehen. Die Diktaturgewalt erstreckt sich nur auf die ausdrücklich genannten Grundrechte; sie darf sich auch nicht über andere, im zweiten Hauptteil der RV nicht enthaltene Verfassungsbestimmungen hinwegsetzen.[144])

II. Nach dieser allgemeinen Betrachtung ist auf die rechtliche Bedeutung des Art. 159 näher einzugehen. Er enthält eine erhebliche Erweiterung der Vorschriften der GewO. Nicht nur rein äußerlich ist die Vereinigungsfreiheit (Koalitionsfreiheit) ausdrücklich durch ihre positive Fassung anerkannt; auch die Worte „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" enthalten einen wesentlich anderen Sinn als „Lohn- und Arbeitsbedingungen". Die GewO wollte durch letzteren Ausdruck die Koalitionsfreiheit enger auslegen und bezüglich ihrer Wirkung auf bestimmt abgegrenzte Arbeitsverträge beschränken. Die Reichsverfassung geht darüber hinaus und faßt das Ziel der Vereinigungen weit allgemeiner. Hatte sich der Staat früher dem wirtschaftlichen Kampfe gegenüber neutral verhalten, andererseits aber den Vereinigungen verboten, auf öffentliche Angelegenheiten einzuwirken, so gab er jetzt den Verbänden durch diese Fassung des Art. 159 die Möglichkeit, die beruflichen Interessen ihrer Mitglieder auch durch Einwirkung auf die Gesetzgebung zu fördern. — Neben dieser begrifflichen Ausdehnung der Vereinigungsfreiheit geht eine Erweiterung der Zahl der von ihr begünstigten Personen einher. Sie ist nicht mehr beschränkt auf gewerbliche Arbeitgeber und Arbeitnehmer, sowie auf Angehörige der Urproduktion, sondern kommt nunmehr jedermann ohne Rücksicht auf seinen Beruf zugute.

Einen besonderen Schutz gewährt die Reichsverfassung der Vereinigungsfreiheit durch den Art. 159 Satz 2, der alle Abreden und Maßnahmen, welche diese Freiheit einzuschränken oder zu behindern suchen, für rechtswidrig erklärt. Dieser Vorschrift kommt zweierlei Bedeutung zu. Zunächst hat sie insofern rein deklaratorischen Sinn, als sie in anderer Fassung den im ersten Satz ausgesprochenen Grundgedanken wiederholt, daß der Staat nicht in diese Freiheitssphäre eingreifen darf, falls sich nicht ein solcher Eingriff auf ein verfassungänderndes Gesetz stützt. Sodann bedeutet sie aber auch einen Schutz gegen die sozialen Gewalten,[145]) m. a. W. gegen Privatpersonen. Es

[144]) So auch Giese, Stier-Somlo, Anschütz (mit näheren Literaturangaben S. 174) u. a. —

[145]) Sinzheimer (Stenograph. Berichte S. 1749); vgl. auch Stier-Somlo, a. a. O. S. 464.

fallen daher unter diese besondere Vorschrift nicht nur solche Maßnahmen, welche Akte der öffentlichen Verwaltung, sondern auch solche, welche private Willenserklärungen, Privatrechtsgeschäfte darstellen.[146])

III. Der Art. 159 RV nimmt den § 152 GewO seinem wesentlichen Inhalte nach in sich auf. Während sich aber die letztgenannte Bestimmung, durch die historische Entwickelung bedingt, darauf beschränkte, nur für gewisse Berufskreise unter gewissen Voraussetzungen alle Koalitionsverbote aufzuheben und die negative Seite der gewährten Freiheit und somit die Unterlassungspflicht des Staates in den Vordergrund rückte, erklärt der Art. 159 die staatliche Garantie der Vereinigungsfreiheit in ausdrücklicher Form. Es sollen jetzt nicht nur zur Zeit Beschränkungen dieser Freiheit unterbleiben; der Staat „gewährleistet" vielmehr, daß auch in Zukunft diese natürliche Betätigungsmöglichkeit des Individuums vor Beeinträchtigungen geschützt sein soll.

Mit der Anerkennung der Vereinigungsfreiheit als rechtlich gesicherter Freiheit ist aber noch nichts über ihr Wesen gesagt. Der Art. 159 RV gehört seiner Stellung nach zu den Grundrechten der Deutschen. Gewährt er dem Staatsbürger ein subjektives Recht, kann der einzelne vom Staate im Wege des Rechts- bzw. logischen Zwanges verlangen, daß er Beeinträchtigungen dieser garantierten Freiheit unterlasse? Potthoff[147]) mißt der Bestimmung lediglich die Bedeutung eines Richtsatzes für zukünftige Ausführungsgesetze bei, der keinen unmittelbaren Einfluß auf das Arbeitsrecht ausüben könne. Kaskel[148]) erkennt zwar ihre Tragweite an, stellt aber das Vereinigungsrecht im subjektiven Sinne mit dem „Recht" zu sehen, zu essen, spazieren zu gehen usw. auf eine Stufe und sieht in ihm einen Bestandteil der natürlichen Handlungsfreiheit, der dem Menschen als ῥῶον πολιτικον nicht erst von der Rechtsordnung verliehen wird, sondern ihm ohne weiteres zusteht.[149])

Beiden Ansichten muß widersprochen werden. Der Art. 159 gehört nach Form und Inhalt zu den wenigen arbeitsrechtlichen Vorschriften der Reichsverfassung, die nicht nur einen programmatischen Satz enthalten, sondern unmittelbar zur rechtlichen Anwendung gelangen. Das ergibt sich aus der ausdrücklichen Gewährleistung der Vereinigungsfreiheit und namentlich aus der Anordnung des Gesetzgebers, daß alle Verstöße gegen diese Freiheit rechtswidrig sein sollen. Darin liegt auch gerade, wie noch näher auszuführen sein wird, die besondere Bedeutung der positiv rechtlichen Anerkennung dieser Freiheit, daß sie

[146]) Anschütz, a. a. O. S. 255, Gätcke, a. a. O. S. 20.
[147]) „Der Streik als Rechtsfrage" i. „Arbeitsrecht", 1919, S. 92.
[148]) a. a. O. S. 231.
[149]) Ähnlich Groh (a. a. O. S. 28 f.), der die rechtliche Natur der Vereinigungsfreiheit für grundsätzlich gleichartig der im § 152 negativ ausgesprochenen Koalitionsfreiheit erklärt.

nicht nur in der Reichsverfassung, also in der alles staatliche Handeln bindenden höchsten Rechtsnorm „verankert" wurde, sondern daß ihr der Staat sogar vollen Schutz vor Eingriffen der sozialen Gewalten gewährte. — Der Art. 159 enthält zunächst ein Verbot aller staatlichen Eingriffe (von seiten des Reichs wie der Länder) in die Vereinigungsfreiheit für alle Zweige staatlicher Tätigkeit: Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung. Würde sich diese Bestimmung in der Beschränkung der staatlichen Kompetenz zugunsten des Individuums erschöpfen, so käme der Gedanke des Rechtsstaates dem einzelnen nur mittelbar als Reflex objektiven Rechts zugute. Die genannte Freiheit ist aber allen Reichsangehörigen ausdrücklich gewährleistet; die Vorschrift des Art. 159 wendet sich nicht allein gebietend bzw. verbietend an die Behörden, sondern sie gibt dem einzelnen auch eine rechtliche Stellung gegenüber dem Staate, die man unbedenklich als subjektives öffentliches Recht bezeichnen kann[150]): Durch den Art. 159 wird der vom Gesetz gewollte Erfolg, nämlich die Garantierung einer natürlichen Handlungsfreiheit in individualistischer Form herbeigeführt. Das Einzelinteresse gibt den Ausschlag. Die Schranken, die das Gemeininteresse diesem überwiegenden Individualinteresse zieht, sind vom Gesetzgeber selbst bei der Zumessung des Rechtsinhaltes bereits berücksichtigt, d. h. der mit der Gesetzesvollziehung betrauten Behörde ist keine freie Hand gelassen, die Ansprüche der Bürger den wechselnden Bedürfnissen verschiedener Art anzupassen: der Rechtssatz ist zwingender Natur. Als Berechtigter erscheint der einzelne Untertan, als Verpflichteter der Träger öffentlicher Gewalt, der seine Macht nach bestimmter Richtung zugunsten des Untertans auszuüben hat. Auf die Anerkennung seines Freiheitsrechts und die Innehaltung der gewährleisteten Freiheit hat der Berechtigte einen besonderen Anspruch, der für den Bereich dieser anerkannten Sphäre den allgemeinen Rechtsgrundsatz wiederholt, daß Eingriffe in die Freiheit und das Eigentum der Bürger der gesetzlichen Grundlage bedürfen. Dieser Anspruch sichert dem Berechtigten nach den meisten landesrechtlichen Gesetzen den verwaltungsgerechtlichen Schutz gegen beeinträchtigende polizeiliche Verfügungen, der überwiegend nur dem gewährt wird, dessen „Rechte" verletzt sind.[151]) — Es sind somit alle Voraussetzungen für die Entstehung eines Individualrechts, für die Normierung eines subjektiven öffentlichen Vereinigungsrechtes auf Grund des Art. 159 RV gegeben. Dafür spricht noch besonders der zweite Satz der fraglichen Bestimmung; der Staat gewährleistet nicht nur die Freiheit der Vereinigung, er verleiht ihr auch seinen besonderen Schutz, indem er zur Verstärkung ihrer Bedeutung und zur Verhütung von Umgehungsmöglichkeiten alle Beschränkungs-

[150]) a. M. Kaskel, a. a. O. S. 231, Groh, a. a. O. S. 28 f. u. a.
[151]) Näheres bei Fleiner, a. a. O. S. 162 ff. und 240 ff.

und Behinderungsmaßnahmen für rechtswidrig erklärt. Es ist nicht einleuchtend, die Ausdrucksweise des Gesetzes — Vereinigungs-„Freiheit"! — als ausdrücklich gekennzeichneten Willen des Gesetzgebers der hier vertretenen Auffassung entgegenzusetzen.[152]) Nicht die Absicht des Gesetzgebers, auch kein gesetzestechnischer Ausdruck, sondern die Bedeutung eines Rechtssatzes in Form und Inhalt sind dafür maßgebend, ob ein subjektives Recht für den einzelnen auf Grund dieser Bestimmung entstanden ist.[153])

Das Vereinigungsrecht der Reichsverfassung erschöpft sich aber, von seiner subjektiven Seite aus betrachtet, nicht in einem Anspruche gegen den Staat. Der Art. 159, Satz 2 gibt dem einzelnen auch das Recht, die Unterlassung jeglicher Störungen dieser Freiheit von seiten eines Dritten, d. h. von jeder Privatperson zu verlangen und bei Verschulden des Handelnden und vorliegender Rechtswidrigkeit auf Schadensersatz zu klagen.[154]) Unter „Abreden" sind privatrechtliche Verträge der wirtschaftlich Beteiligten über die Ausübung der Vereinigungsfreiheit zu verstehen; der Ausdruck „Maßnahmen" bezieht sich auf Privatrechtsgeschäfte im gleichen Maße wie auf Akte öffentlich-rechtlicher Gewalt. Der Art. 159[155]) erkennt also das Vereinigungsrecht auch als privates Recht an, das als ausschließliches Recht gegen jeden Dritten gilt; es ist ein absolutes Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB, das sogar gegenüber den anderen absoluten Rechten wegen seiner Unübertragbarkeit eine besondere Stärke besitzt.[156]) [157])

IV. Ist § 152 GewO durch Art. 159 RV aufgehoben? Der Absatz 1 bietet in dieser Hinsicht keine Schwierigkeiten. Er hat ledig-

[152]) Kaskel, a. a. O. S. 231.

[153]) Beachte z. B. die Ausführungen in Anm. 123 über die Stellung der Berufsvereine im Reichsvereinsgesetz vor der Novelle von 1916.

[154]) Das letzte ergibt sich aus dem Worte „rechswidrig", das, wie Anschütz (Kommentar S. 257) und Giese (Kommentar S. 353) in Übereinstimmung mit dem Verfassungsausschuß (Prot. S. 389) mit Recht annehmen, weitergeht als das Wort „rechtsunwirksam". Bei der Feststellung lediglich objektiver Rechtswidrigkeit ist aber Voraussetzung des privatrechtlichen Schadensersatzanspruches das Vorhandensein einer Bestimmung, die eine Ersatzpflicht ausdrücklich normiert, wie z. B. in den §§ 831, 833 BGB (vgl. Groh, a. a. O. S. 36).

[155]) Vgl. Anschütz, Kommentar zu Art. 159. Es fallen hierunter einerseits z. B. Polizeiverordnungen und -verfügungen, andererseits z. B. die schwarzen Listen.

[156]) So auch Erdel, a. a. O. Blatt „Koalitionsrecht", Gätcke, a. a. O. S. 21; a. M. Kaskel, a. a. O. S. 271 f., Oertmann, a. a. O. S. 272.

[157]) Aber auch wenn man das Vorliegen eines absoluten Rechts im Sinne des § 823, Abs. 1 BGB verneint, ist eine Ersatzpflicht nach § 823, Abs. 2 gegeben. Der Artikel 159, Abs. 2 verleiht der Vereinigungsfreiheit und damit dem einzelnen ausdrücklichen Schutz gegenüber beschränkenden Einwirkungen von seiten des Staates wie der sozialen Gewalten. Ohne auf den bestrittenen Begriff des Schutzgesetzes eingehen zu wollen, wird man m. E. annehmen können, daß Art. 159 im Sinne des § 823, Abs. 2 ein derartiges Schutzgesetz darstellt. (So auch Groh, a. a. O. S. 37.)

lich eine der Entwickelung und den Zeitereignissen entsprechende Erweiterung in dem Art. 159 RV erfahren und ist nach dem Grundsatz lex posterior derogat legi priori für den gegenwärtigen Rechtszustand gegenstandslos geworden.[158]) Bezüglich des § 152 Abs. 2 ist dagegen in Theorie und Praxis ein heftiger Streit entbrannt.[159]) Die für die erfolgte Aufhebung des § 152 Abs. 2 GewO eintretende Meinung führt namentlich ins Feld, daß die Bestimmung der Reichsverfassung die Vereinigungsfreiheit allgemein gewährleistet habe und diese im weitesten Maße fördern solle; da der § 152 Abs. 2 ein schweres Hindernis für die Koalitionsentwicklung sei, folge aus dem Geiste der neuen Bestimmung und der mutmaßlichen Absicht des Gesetzgebers, daß die fragliche Vorschrift überholt und außer Kraft gesetzt sei. Als Hauptargument wird ferner angeführt, daß im Falle der weiteren Gültigkeit der genannten Bestimmung der Gewerbeordnung die Vereinigungen der nicht unter dieses Gesetz fallenden Berufsstände, für die eine Vereinigungsfreiheit bisher überhaupt noch nicht bestanden habe, Gerichtsschutz genießen würden, während den vor diesen durch den § 152 begünstigten Koalitionen ein solcher Schutz auch weiterhin fehlen würde. Die angeführten Gründe sind m. E. nicht stichhaltig. Die Entscheidung der Streitfrage beruht letzten Endes auf der Auffassung von dem Werte und der Bedeutung des § 152 Abs. 2 GewO. Der Art. 159 RV will durch seinen Nachsatz nur die individuelle Freiheit der Vereinigung zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen schützen, nicht aber die Koalitionen selbst. Denselben Zweck verfolgt grundsätzlich, wenn auch in engerem Rahmen, der § 152 Abs. 2. Zweck und Sinn dieser Bestimmung sind nicht so sehr, wie vielfach angenommen wird, die Statuierung der Recht- und Schutzlosigkeit der Koalitionen, sondern die Sicherung der freien Betätigung des einzelnen. Es sollte eine rechtlich feste Bindung der Arbeitnehmer vermieden werden, um ihnen jederzeit den Rücktritt von der Koalition zu ermöglichen und eine Inanspruchnahme durch Klagen zu verhindern. In diesem Schutze der Handlungsfreiheit des einzelnen

---

[158]) Das ist, soweit ersichtlich in der Literatur, vielfach sogar stillschweigend, einstimmig angenommen worden; vgl. z. B. Gätcke, a. a. O. S. 22, Kaskel, a. a. O. S. 232 und Groh, a. a. O. S. 30.

[159]) Für die Aufhebung des § 152, Abs. 2 sind namentlich Groh (a. a. O. S. 30), Kaskel (a. a. O. S. 232), Erdmann („Arbeitgeber", 1923, S. 148), Nipperdey (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1923, Sp. 307); vgl. auch die Urteile der Landgerichte II Berlin und Potsdam in „Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht" (NZfA) 1924, Sp. 246 und 567. Dieser m. E. nicht herrschenden Ansicht (a. M. Kaskel, a. a. O. S. 232) gegenüber vertreten den hier angenommenen Standpunkt u. a. Potthoff in „Arbeitsrecht", 1924, S. 233, Gätcke, a. a. O. S. 22, Tatarin-Tarnheyden, a. a. O. S. 10, Goerrig, „Das Arbeitsrecht im neuen Deutschland", Bd. 1, Kallee, NZfA, 1924, Sp. 205 ff.; vgl. auch die Urteile des Reichsgerichts vom 22. 12. 21 und im Anschluß an eine andere Frage die Entscheidungen vom 6. 4. und 22. 6. 1922.

Mitgliedes liegt der Hauptwert des § 152 Abs. 2, wenn auch nicht bestritten werden soll, daß durch diese Bestimmung der Lohnkampf erschwert und den Koalitionen — absichtlich! — ein schwerer Schlag versetzt wurde. Betrachtet man die streitige Bestimmung der GewO unter diesem Gesichtspunkte, so ist in der Hauptsache nicht erfindlich, weshalb sie, weniger von den Arbeitnehmern selbst, als in der Literatur als „privilegium odiosum" angesehen worden ist.[160]) Denn die Stellung des einzelnen Koalitionsmitgliedes wird durch diese Vorschrift nicht verschlechtert, sondern eher gebessert. Da aber der Art. 159 RV dieses wesentliche Moment im Koalitionsrecht prinzipiell übernommen, und nur der Gegenwart entsprechend erheblich erweitert und vertieft hat, so liegt kein Widerspruch zwischen beiden Bestimmungen vor und es besteht kein Grund, den § 152 Abs. 2 gemäß Art. 178 Abs. 2 RV für aufgehoben zu erklären. — Im übrigen spielt diese Streitfrage, wie Tatarin-Tarnheyden[161]) mit Recht ausführt, in der Praxis eine recht unbedeutende Rolle. Die tatsächliche Machtstellung der Gewerkschaften ist durch die Bekämpfung ihres autonomen Rechtes von seiten des Staates in ihrer erstaunlichen Entwickelung nicht behindert worden. Im Gegenteil! Die Bindung des einzelnen durch Ehre und Gewissen wie durch moralischen Zwang hat den Gewerkschaften eine weit stärkere, g e i s t i g e Macht über ihre Mitglieder gegeben, als sie ihnen der Staat durch die Verleihung des Rechtsschutzes hätte gewähren können.

§ 11.

Die wahre Natur des sogenannten Streikrechts.

I. Der Streik (Ausstand) ist das Hauptkampfmittel der Arbeitnehmerschaft gegenüber den Arbeitgebern als sozialen Gegenspielern. Er bedeutet begrifflich die gemeinsame Arbeitsniederlegung einer Mehrheit von Arbeitnehmern zum Zwecke der Erkämpfung günstigerer Arbeitsbedingungen.[162]) — Auf diese Definition wird näher einzugehen sein:

Der Arbeitnehmer hat grundsätzlich nicht die Absicht, das zwischen ihm und dem Arbeitgeber bestehende Rechtsverhältnis im Falle des Streiks zu lösen; er will vielmehr nur für die Dauer des Arbeitskampfes die Erfüllung der vertraglichen Arbeitspflicht verweigern.[163])

[160]) Vgl. Loening, a. a. O. S. 273.
[161]) a. a. O. S. 10.
[162]) Kaskel, a. a. O. S. 306.
[163]) Dagegen ist der Streik Arbeitsloser bei Notstandsarbeiten kein wirtschaftlicher Kampf in freien Betrieben und daher z. T. auch ausdrücklich ausgeschlossen (vgl. z. B. die Bekanntmachung des preuß. Ministeriums für Volkswohlfahrt, abgedruckt in der NZfA, 1922, Sp. 65). Zustimmend Kaskel, a. a. O. S. 63 und 306, Anm. 5; a. M. Häusser in der NZfA, 1923, Sp. 230. —

Deshalb ist die Arbeitsniederlegung nicht als Kündigung anzusehen.[164]) Das Arbeitsverhältnis ruht nur während der Dauer des Kampfes und wird nach dessen Beendigung wieder fortgesetzt. Erst dann ist es als gelöst anzusehen, wenn der Arbeitgeber den streikenden Arbeitnehmer unter Innehaltung der bestehenden Kündigungsfristen oder bei Vorliegen eines wichtigen Grundes fristlos entläßt.[165]) Da der Streik die Ausübung eines Druckes auf den Gegner bezweckt, ist das Vorgehen einer Mehrheit von Arbeitnehmern[166]) im gemeinsamen, d. h. planmäßig bewußten und gewollten Zusammenwirken als begriffliches Merkmal unbedingt erforderlich. Zweck dieser Maßnahme ist die Verbesserung der Arbeitsbedingungen auf dem Wege des wirtschaftlichen Kampfes als einer ultima ratio.

Wird der Streik aus politischen oder demonstrativen Gründen geführt, so ist er nicht mehr Mittel im Arbeitskampf und entzieht sich der arbeitsrechtlichen Untersuchung. Erfolgt er ohne Einhaltung des rechtlich geordneten Verfahrens,[167]) [168]) so ist er als sogenannter wilder Streik zwar von Gesetzes wegen geduldet, spielt sich aber ebenfalls außerhalb jeder arbeitsrechtlichen Regelung ab und bildet keine Arbeitsstreitigkeit im obigen Sinne.

II. Hinsichtlich seiner rechtlichen Anerkennung hat der Streik eine dem Koalitionsrechte ähnliche wechselreiche Entwickelung erfahren. Der Auf- und Abstieg der Berufsverbände im Laufe der Jahrhunderte hat sich vielfach auch unmittelbar auf die von ihnen angewandten Kampfmittel ausgewirkt. Nach deren oft mißbräuchlichen Anwendung im Mittelalter brachte die koalitionsfeindliche Gesetzgebung in den meisten Fällen auch strenge Verbote aller wirtschaftlichen Kampfhandlungen, insbesondere aber des Streiks. Da die gemeinsame Arbeitseinstellung notwendigerweise die Bildung einer Koalition zur Voraussetzung hatte, unterlag sie außerdem auch dann, wenn sie in einzelnen

[164]) An diesem grundsätzlichen Ergebnisse ändert auch die bekannte Tatsache nichts, daß in vielen Fällen von den Arbeitnehmern gleichzeitig mit dem Eintritt in den Streik die Kündigung ausgesprochen wird. Diese Erscheinung spricht umgekehrt gerade dafür, daß auch die Arbeitnehmer in dem Streik keine Kündigung des einzelnen Arbeitsvertrages erblicken. Das gleiche gilt auch von der Androhung des Arbeitgebers, daß die Streikenden sich nach Ablauf einer bestimmten Frist „als entlassen anzusehen" hätten (a. M. Groh, a. a. O. S. 151).

[165]) Vgl. NZfA, 1921, Sp. 81 über die Stellungnahme des Reichsarbeitsministers.

[166]) a. M. Melsbach, a. a. O, S. 3. –

[167]) Diese rechtliche Ordnung kann auf staatlichem Gesetz, autonomem Recht (insbesondere auf Statuten oder Reglements der Verbände) oder auf tariflichen Vereinbarungen beruhen.

[168]) Ein förmlicher Streikbeschluß durch die Arbeitnehmerschaft des Betriebes soll erst erfolgen nach dem ergebnislosen Verlauf von friedlichen Verhandlungen und der Anrufung des Schlichtungsverfahrens, das zwar gesetzlich nur für die gemeinnötigen Betriebe vorgeschrieben ist, darüber hinaus aber in der Regel durch Verbandssatzung und Tarifvertrag bestimmt wird.

Fällen nicht ausdrücklich verboten und unter schwere Strafe gestellt war, den gleichen Beschränkungen wie die Koalitionsabrede. Erst der § 152 GewO zeigte äußerlich den Umschwung der Anschauungen und brachte neben der negativen Formulierung der Koalitionsfreiheit die Anerkennung des Streiks als eines zulässigen wirtschaftlichen Kampfmittels. Der Art. 159 RV endlich hat auf eine Erwähnung der wirtschaftlichen Kampfmaßnahmen verzichtet.

Diese Tatsache sowie die Gewährleistung einer verfassungsmäßig anerkannten Vereinigungsfreiheit für jedermann und für alle Berufe und der ausdrücklich angeordnete Schutz dieser Freiheit haben in weiten Kreisen des Volkes und auch teilweise in der Wissenschaft zu der Auffassung geführt, daß die Koalitionen zur Erreichung ihrer Zwecke seit der Verkündung der Reichsverfassung alle strafrechtlich nicht verbotenen Mittel anwenden dürften, daß insbesondere ein über allem privaten und öffentlichen Recht stehendes Streikrecht anerkannt sei, dessen Beeinträchtigung oder Behinderung der Staat nur in der Form eines verfassungändernden Gesetzes vornehmen dürfe.

Das hiermit angeschnittene Grundproblem dieser Abhandlung kann in klarer Weise nur gelöst werden, wenn man mit Groh[169]) die Koalitions- (Vereinigungs-) Freiheit von der Koalitionskampfmittelfreiheit scharf scheidet.[170]) [171]) —

Daß der Staat durch die Garantierung der Vereinigungsfreiheit in der Verfassungsurkunde dem einzelnen Bürger die freie Betätigungsmöglichkeit für ihren Bereich und die Unterlassung jeder Störung und Beeinträchtigung dieser Sphäre durch die Staatsgewalt und durch Privatpersonen gewährleistet hat, steht fest. Daß dem Staatsbürger durch diese Bestimmung zugleich ein subjektives öffentliches Recht auf Unterlassung von Eingriffen und Anerkennung dieser Freiheitssphäre gegeben ist, wird man ebenfalls annehmen dürfen. Ob aber auch die Betätigungsformen, deren sich eine Koalition zur Erreichung ihrer Zwecke bedient und insbesondere alle Arbeitseinstellungen unter dem besonderen Schutz der Reichsverfassung stehen und gleichzeitig nach Art. 159 Abs. 2 gegen jede Einwirkung Dritter Privatrechtschutz genießen und vertraglich nicht abdingbar sind, bedarf der näheren Untersuchung.

Soweit die über diesen Streitpunkt erschienenen Abhandlungen und Aufsätze teils parteipolitisch eingestellt, teils nicht auf wissenschaft-

[169]) a. a. O. S. 33 ff.

[170]) Auf diesem Standpunkt steht heute die herrschende Meinung; vgl. neben Groh auch Kaskel, Melsbach, Oertmann u. a. sowie die führenden Kommentare zur Reichsverfassung im Anschluß an die Erklärung von Sinzheimer als Berichterstatter im Verfassungsausschuß der Nationalversammlung; s. ferner auch RG vom 19. 10. 22 in RZfA, 1923, Sp. 68 sowie auch ebenda Sp. 391. A. M. Bühler in „Arbeitsrecht", 1923, S. 561, Winters, a. a. O. S. 13 u. a.

[171]) S. auch oben S. 43 f.

licher Basis aufgebaut sind, mußten sie von Anfang an als unbrauchbar abgelehnt werden. Aber auch noch in der wissenschaftlichen Literatur herrscht eine große Unklarheit über den Begriff des subjektiven Streikrechts. Während die Anhänger des „unbedingten Streikrechts" dieses Recht als ein über allem öffentlichen und privaten Recht stehendes ansehen, lassen zahlreiche Schriftsteller bei der Stellungnahme zu dieser Streitfrage eine nähere Erklärung vermissen, in welchem Sinne sie diesen allgemein bezeichneten Anspruch aufgefaßt wissen wollen.[172]) [173]) Nach der Klarlegung der Begriffe „subjektives Recht" und „bürgerliche Freiheit" kann es sich hier nur um die Frage handeln, ob es ein Streikrecht im Sinne eines subjektiven öffentlichen (evtl. auch subjektiven Privat-) Rechts oder eine Streikfreiheit im Sinne einer staatlich anerkannten Freiheit gibt, oder ob es sich beim Streik um einen Ausschnitt aus der Sphäre des Unverbotenen, also um eine unbenannte Freiheit handelt.

Zwecks Klarstellung der grundlegenden Bedeutung dieses Problems und der verschiedenen Auswirkungen der gemeinsamen Arbeitsniederlegung sei zunächst einleitend auf die von Lohmeyer[174]) vertretene Ansicht eingegangen. Lohmeyer erklärt das Streikrecht seiner rechtlichen Natur nach als ein allgemeines Menschenrecht, d. h. nach Bendix[175]) „im juristischen Verstande ein subjektives öffentliches Recht"(?). Dem ist, ganz abgesehen von allen rechtlichen Einwendungen, schon aus sozialen Gründen nicht beizustimmen. Der Streik ist als wirtschaftliche Kampfmaßnahme grundsätzlich nur als Druckmittel gegen einen bestimmten sozialen Gegner gedacht. Seine Bedeutung und Wirkung geht aber vielfach über die Interessen der an ihm unmittelbar beteiligten Personen hinaus, da eine Unterbrechung der Arbeit von größeren Massen oder in wichtigen Betrieben stets eine Schädigung der Gesamtheit zur Folge haben wird. Dies gilt noch im besonderen Maße für ein demokratisches Staatswesen, in dem die Gesamtheit des Volkes Verwalter und Nutznießer der Produktionsmittel und der Arbeitsleistung ist. Hier richtet sich der Streik

---

[172]) So u. a. auch die Kommentare zur Reichsverfassung von Anschütz und Giese in den Anmerkungen zu Art. 159.

[173]) Als — sit venia verbo — warnendes Beispiel sei die Schrift von Winters (a. a. O.) angeführt. W. kommt nach längeren historischen Erwägungen und verschiedenen rechtlichen Erörterungen zu dem Schluß, daß „Koalitionsrecht und Streikrecht ... vollkommen gleichbedeutend" sind. Das hindert ihn aber nicht, wenig später das Streikrecht als Teilinhalt des Koalitionsrechtes und schließlich den Streik selbst als Mittel der Koalition zu bezeichnen. So wertvoll derartige Erkenntnisse auch sein mögen, ohne eine Differenzierung dieser „Rechte" wird man seine Ausführungen in wissenschaftlicher Beziehung als recht unklar bezeichnen müssen.

[174]) „Über das Streikrecht der Beamten" im Preuß. Verw.-Blatt v. 1919, S. 87 u. 131; vgl. auch Bendix, a. a. O. S. 78.

[175]) a. a. O. S. 26.

weniger gegen den wirtschaftlichen Gegner, als gegen das ganze Volk. Unvereinbar ist es aber damit, den Streik als Ausübung eines allgemeinen Menschenrechts anzusehen. Wenn dann noch Bendix dieses „allgemeine Menschenrecht" in der Form einer selbstverständlichen und zweifelsfreien Tatsache als subjektiv öffentliches Recht, d. h. als eine staatlich garantierte, im Interesse des Gemeinwohls einem überwiegenden Individualinteresse dienende Norm bezeichnet, so beruht das auf einer völligen Verkennung des Wesens und der Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte.

In den Abhandlungen, die das Bestehen eines Streikrechts nachweisen sollen, liest man vielfach, daß ein Koalitionsrecht ohne ein Streikrecht wertlos, ein Schwert ohne Klinge sei. Derartige, meist politischen Motiven entspringende Bewertungen können aber nicht genügen, die Identität beider Rechte wissenschaftlich zu begründen. Sie beruhen auf einer Verkennung der praktischen Macht des Streiks. Diese liegt, wie Groh[176]) überzeugend nachweist, nicht so sehr in der Verweigerung der Arbeit, als in dem geschlossenen Auftreten einer größeren Anzahl von Arbeitsverweigerern. Dem einzelnen war selbst in den Zeiten der Koalitionsverbote die Arbeitsniederlegung nicht verwehrt. Das Recht kümmerte sich um diese an sich irrelevante Handlung nur dann, wenn mit ihr zugleich eine Vertragsverletzung verbunden war. Ganz anders verhielt es sich jedoch, wenn die Arbeiter auf Grund besonderer Abrede die Arbeit gemeinsam verweigerten. Erst diese geschlossene Arbeitsniederlegung hatte wirtschaftliche Bedeutung und veranlaßte neben anderen Gründen den Staat, gegen die Vereinigungen einzuschreiten. Nur unter diesem Gesichtspunkt der Gefahr des Zusammenschlusses sind die Koalitionsverbote in früherer Zeit zu verstehen. Sie sollten nicht den einzelnen und seine Freiheit beschränken, sondern nur die Verabredung zu gemeinsamem Handeln verhindern.[177])

III. Das Problem des sog. Streikrechts wurde zuerst von Erdel[178]) klar erkannt und scharf begrenzt. Zutreffend trennt er die bürgerlich-rechtliche Seite von der öffentlich-rechtlichen und spricht von einem Streikrecht nur im negativen Sinne einer „Unverwehrbarkeit und Unbestrafbarkeit", während das Bestehen eines positiven Streikrechts als eines gesetzlich anerkannten Persönlichkeitsrechtes, dessen Ausübung für den Streikenden keinerlei Rechtsnachteile auslösen könnte, verneint wird. Die Notwendigkeit einer derartigen Scheidung der Materie wird auch für die folgende Untersuchung von maßgebender Bedeutung sein.

[176]) a. a. O. S. 54 ff.

[177]) Vgl. auch Kaskel, a. a. O. S. 222 ff. und Gätcke, a. a. O. S. 1 ff.

[178]) a. a. O. Blatt „Streik"; vgl. auch Potthoff in „Arbeitsrecht", VI, S. 90 ff. und Elster das. S. 93 ff.

Während bis zur Entstehung der GewO der Unterschied zwischen der Koalitionsabrede und den Koalitionskampfmitteln in den diesbezüglichen Gesetzen noch nicht klar zutage trat, hat § 152 dieses Gesetzes zum ersten Male diese äußere Scheidung deutlich zum Ausdruck gebracht. Es wurde nunmehr die Freiheit des Zusammenschlusses zu vorübergehenden und dauernden Vereinigungen reichsrechtlich anerkannt, sofern diese die Erlangung günstigerer Lohn- und Arbeitsbedingungen für ihre Mitglieder bezweckten. Wie schon aus der Fassung dieser Bestimmung deutlich hervorgeht, beabsichtigte der Gesetzgeber nicht, gleichzeitig mit dieser (negativen) Anerkennung der Koalitionsfreiheit auch die Kampffreiheit, die Freiheit in der Anwendung wirtschaftlicher Kampfmaßnahmen als reichsrechtlich benannte und damit besonders geschützte Freiheit[179]) anzuerkennen. Die Erwähnung der wichtigsten Koalitionskampfmittel in dem § 152 GewO erfolgte aus historischen Gründen:

Vor dem Inkrafttreten der GewO bestanden, wie schon ausgeführt wurde, in den zahlreichen Reichs- und Landesgesetzen in der Regel neben den Koalitionsverboten strenge Bestimmungen, namentlich strafrechtlicher Art gegen die Anwendung von Kampfmaßnahmen. Die gemeinsame Behandlung der Vereinigungen und ihrer besonderen Betätigungsformen führte im Laufe der Zeit zu einer schließlich unübersichtlichen Verquickung beider wirtschaftlichen Erscheinungen, die eine strenge Scheidung nach den geltenden Gesetzen unmöglich macht. Erst die GewO führte diese Trennung summarisch durch und erklärte zugleich mit der Aufhebung der Koalitionsverbote im Gegensatz zu vielen früheren Bestimmungen, daß die Koalitionsfreiheit auch dann reichsrechtlich anerkannt sei, die Vereinigung auch dann straflos bleiben solle, wenn von der Anwendung besonders wichtiger Kampfmittel Gebrauch gemacht werde.

Die ausdrückliche Erwähnung des Streiks und der Aussperrung in der GewO ist also historisch bedingt gewesen; ein rechtlicher Wert ist ihnen nur in der negativen Form der Aufhebung aller Kampfmittelverbote beigelegt worden. Die Koalitionsfreiheit wurde vom Staate reichsrechtlich als benannte Freiheit anerkannt; die Kampffreiheit wurde „freigegeben", d. h. als unbenannte Freiheit aus der früheren Sphäre des Verbotenen in das Gebiet des grundsätzlich rechtlich Irrelevanten verwiesen.[180]) Streik und Aussperrung sind daher nicht Erscheinungsformen der reichsrechtlich anerkannten Koalitionsfreiheit, sondern lediglich wie die sonstigen Mittel zur Erreichung des Koalitionszweckes Betätigungsformen der Vereinigungen innerhalb der großen Sphäre unbenannter bürgerlicher Freiheit.

[179]) S. oben S. 30 ff.

[180]) Die rechtliche Bedeutsamkeit dieses Unterschiedes ist auf S. 30 ff. eingehend gewürdigt worden.

Der Artikel 159 RV hat diese geschichtliche Entwickelung zu Ende geführt, indem er die Koalitionsmachtmittel überhaupt nicht erwähnt, sondern nur die Vereinigungsfreiheit anerkennt und unter den besonderen Schutz des öffentlichen und privaten Rechts stellt. Der § 152 GewO mußte die wichtigsten Betätigungsformen der Vereinigungen noch hervorheben, weil die Anerkennung einer Koalition, die sich als Kampfmittel zur Erreichung ihrer Zwecke des Streiks oder der Aussperrung bedienen durfte, bei der Schaffung dieser gesetzlichen Bestimmung etwas Außergewöhnliches war. Unter dem Eindruck der gesamten wirtschaftlichen und sozialen Bewegung nach der Revolution konnte jedoch der Gesetzgeber von einer solchen Erwähnung nunmehr Abstand nehmen. Es war selbstverständlich, daß die jetzt allgemein anerkannte Vereinigungsfreiheit in jedem Falle gelten sollte, mochte sie zu ihrer Betätigung Mittel anwenden, welche sie wollte. Der Art. 159 RV gibt damit kund, daß er mit der in ihm garantierten Vereinigungsfreiheit nicht auch die Freiheit der konkreten Betätigungsformen, insbesondere der Kampfmittel der Koalitionen identifizieren wollte. Diese Auffassung ist auch in den Verhandlungen des Verfassungsausschusses zum Ausdruck gekommen. Die Erklärung Sinzheimers, daß es bezüglich des Streikrechts[181]) bei der bestehenden Rechtslage bewenden solle, ist daher im Sinne der hier vertretenen Auffassung nur so zu verstehen, daß Koalitionsfreiheit nicht Koalitionskampfmittelfreiheit ist, und daß daher die neue Vereinigungsfreiheit den Geltungsgrad der schon durch § 152 GewO freigegebenen unbenannten Streikfreiheit nicht verändert hat.

Die Notwendigkeit einer derartigen scharfen Scheidung und die Beschränkung des Art. 159 RV lediglich auf die Freiheit der Koalitionsabrede findet ihre logische Bestätigung in dem zweiten Satz der erwähnten Gesetzbestimmung. Das Verbot jeglicher Einschränkung oder Behinderung bezieht sich allein auf die Freiheit des Zusammenschlusses, auf die Beeinträchtigung des Vereinigungswillens. Nur diese ausdrücklich anerkannte und garantierte freie Betätigungsmöglichkeit des Bürgers steht unter dem besonderen Schutze der Reichsverfassung; in sie kann der Staat nur auf Grund eines verfassungändernden Gesetzes eingreifen. Dem Streike als Koalitionskampfmittel steht aber dieser Schutz nicht zur Seite. Mit Recht! Denn würde die Vereinigungsfreiheit auch die freie Anwendung wirtschaftlicher Kampfmaßnahmen mit umfassen, so würde man auf Grund der besonderen Bestimmung des Art. 159 Satz 2 RV zu unmöglichen rechtlichen Ergebnissen kommen. Nicht nur alle Mittel gegen Streik

[181]) Bendix (a. a. O. S. 26) glaubt mit Unrecht aus dem von Sinzheimer verwandten Ausdruck „Streikrecht" schließen zu dürfen, daß man im Reiche das allgemeine Streikrecht für alle Berufe nach dem Aufruf der Volksbeauftragten bereits als geltendes Recht angesehen habe.

und Aussperrung, und damit Abwehrstreik und Abwehraussperrung wären rechtswidrig; nein, auch jeder Arbeitsvertrag (sofern er Kündigungsfristen vorsieht) verstieße gegen das Gesetz. Das gleiche Schicksal würde jeden Tarifvertrag treffen, da er begriffsnotwendig die allgemeine Friedenspflicht enthält und den Parteien während der Vertragsdauer die Unterlassung aller Kampfhandlungen über tariflich geregelte Fragen auflegt.[182])

Mit diesem Ergebnis ist nach der Darstellung der historischen Entwicklung auch logisch begründet und festgestellt worden, daß der Streik nicht einen notwendigen Teilinhalt des Vereinigungsrechtes bildet und als Mittel der Koalition nicht mit der Vereinigungsfreiheit selbst identifiziert werden darf. Damit ist schon zu der wiederholt zitierten Ansicht Bühlers[183]) Stellung genommen. Bühler übersieht die logische Notwendigkeit des hier entwickelten fundamentalen Unterschiedes zwischen Koalitionsfreiheit und Kampffreiheit und geht von der irrigen Voraussetzung aus, daß der Streik als straffer organisatorischer Zusammenschluß unter den Begriff der natürlichen Vereinigung falle und daher auch zu den Vereinigungen zu rechnen sei, die Art. 159 RV schütze; in der Verkündung eines subjektiven Vereinigungsrechtes liege daher notwendigerweise auch die Statuierung eines allgemeinen Streikrechts. Die vorstehenden Ausführungen dürften Bühler in jeder Hinsicht widerlegen. Seine Schlußfolgerung ist auch schon aus dem Grunde unhaltbar, weil er nicht nur die Absicht des Gesetzgebers völlig ignoriert, sondern entgegen seinem ausdrücklichen Willen[184]) ein staatlich garantiertes Recht (!) des Bürgers in eine Gesetzesbestimmung hineininterpretiert.

Die Verfechter des unbeschränkten Streikrechts glauben vielfach, mit ihrer Anschauung der „Stimme des Volkes" Rechnung zu tragen. Hier liegt aber ein schwerwiegender Irrtum vor. Das überwiegende Verlangen des vierten Standes und, wie noch nachzuweisen sein wird, auch eines Teils der Beamtenschaft nach einem subjektiv-öffentlichen Streikrecht ist zwar verständlich und mag in mancher Hinsicht berechtigt sein. Es ist aber nicht die Aufgabe des Staates, die Interessen einer bestimmten Volksschicht einseitig wahrzunehmen; er soll der Allgemeinheit dienen. Mit deren Interessen ist es aber nicht vereinbar, wie in der Kritik der Ansicht Lohmeyers gezeigt wurde,[185]) wenn der Staat den Arbeitern ein absolutes Streikrecht gewährt.[186]) — —

[182]) Vgl. Kaskel, a. a. O. S. 316, 318 f.; Groh, a. a. O. S. 64 ff.
[183]) Im „Arbeitsrecht", IX, S. 561.
[184]) Vgl. die Protokolle des Verfassungsausschusses S. 389 f.
[185]) S. oben S. 58 ff.
[186]) Gerade konsequente Sozialisten haben daher auch den Streik im Zukunftsstaate als Landesverrat bezeichnet. (Vgl. Potthoff im „Arbeitsrecht", VIII, S. 240.)

Der Streik ist im § 152 GewO für straffrei erklärt worden; der Staat hat die Kampfmittelbetätigung als grundsätzlich rechtlich irrelevanten Ausfluß der persönlichen Handlungsfreiheit *freigegeben*. Er hat diese Sphäre bürgerlicher Freiheit aber nicht mit einem besonderen Schutzwall umgeben, wie ihn schon die Koalitionsfreiheit des § 152 GewO als reichsrechtlich *anerkannte und gewährleistete* Freiheit dadurch besaß, daß eine legislatorische Einschränkung nur durch ein entsprechendes Reichsgesetz — nicht aber durch Landesgesetz oder Polizeiverordnung! — erfolgen konnte. An diesem Rechtszustand hat, wie nachgewiesen wurde, die republikanische Gesetzgebung nichts geändert. Von einem subjektiven öffentlichen Streikrechte kann daher ebensowenig wie von einer ausdrücklich anerkannten Streikfreiheit auf Grund des Art. 159 RV die Rede sein. Der Streik ist nach wie vor als eine soziale Erscheinung innerhalb des negativen Status der *unbenannten Freiheit* anzusprechen, als ein einzelnes Moment in dem Rechtszustande der allgemeinen individuellen Freiheit, die nur durch den öffentlich-rechtlichen Anspruch des Bürgers auf Anerkennung dieser Sphäre und die Pflicht des Staates zur Unterlassung rechtswidriger Eingriffe gesichert ist. —

Ist aber die Betätigung der grundsätzlich bestehenden Streikfreiheit durch den Art. 159 RV nicht mit besonderen Rechtsgarantien ausgestattet, so sind auch heute noch Beschränkungen im gleichen Umfange weiterhin gültig und von neuem möglich wie Beschränkungen jeder anderen Betätigung der natürlichen Handlungsfreiheit, und zwar durch gesetzliche Bestimmungen[187]) und polizeiliche Anordnungen[188]) im gleichen Maße wie durch rechtsgeschäftliche Bindung.[189]) Bestehen die Beschränkungen zu Recht, so heben sie die Streikfreiheit insoweit auf, und jede Kampfhandlung, die im Widerspruch zu ihnen vorgenommen wird, ist daher unzulässig und zieht für den, der sie vornimmt, rechtliche Folgen nach sich. Das bedeutet aber, auf das bürgerliche Recht bezogen, daß dem einzelnen auch nach der Revolution nur insoweit die Streikfreiheit zusteht, als er bei ihrer Betätigung die Privatrechtsnormen innehält. Der Art. 159 RV gewährleistet daher auch bürgerlich-rechtlich kein positives Streikrecht im Sinne eines ge-

[187]) Allgemein z. B. für die Beamten; speziell z. B. durch die noch näher zu erörternde Verordnung des Reichspräsidenten vom 10. 12. 20; für das gesamte Arbeitsrecht durch das Schlichtungswesen.

[188]) Insbesondere, wenn die Voraussetzungen des § 10, II, 17 Allg. Landrecht vorliegen.

[189]) Vgl. die Art. 152 RV u. die maßgeblichen Vorschriften des BGB und des Arbeitsrechts (Tarifvertrag); s. auch oben S. 61 am Ende! — In den Zeiten wirtschaftlicher Unruhen, noch nicht hinreichend gefestigter Staatsmacht und bedenklicher Rechtsmoral mochte die vertragliche Einschränkung in der Benutzung von Kampfmaßnahmen sehr problematisch erscheinen. Im Laufe der letzten Jahre hat sich aber auch in den Arbeitnehmerkreisen immer mehr die Erkenntnis Bahn gebrochen, daß die Anwendung von wirtschaftlichen Kampfmitteln in den

setzlich anerkannten Persönlichkeitsrechtes, dessen Ausübung für den Streikenden keinerlei Rechtsnachteile auslöst.[190]) —

§ 12.

Die gesetzlichen Einschränkungen der Streikfreiheit, unter besonderer Berücksichtigung des Beamtenrechts.

Wie schon am Schlusse des vorstehenden Abschnittes angedeutet wurde, ist neben einer vertraglichen Begebung der Streikfreiheit auch ihre etwaige gesetzliche Einschränkung durchaus für zulässig zu halten. Hierüber bestand auch vor dem Inkrafttreten der neuen Reichsverfassung nach langjährigen wissenschaftlichen Kämpfen im wesentlichen kein Streit mehr. Auf Grund der Bestimmung des Artikels 159 RV haben aber die Anhänger eines subjektiven Streikrechtes von neuem die Gültigkeit aller die Streikbetätigung einschränkenden Vorschriften in Zweifel gezogen und dem Staat die Befugnis abgesprochen, anders als durch verfassungänderndes Gesetz in das „grundrechtlich garantierte Streikrecht" einzugreifen. — Die folgende Untersuchung hat den Zweck, durch Hervorhebung und nähere Prüfung einiger besonders wesentlicher gesetzlicher Beschränkungen der Streikfreiheit die Unrichtigkeit der angeführten Auffassung darzulegen und zugleich der weiteren Begründung der notwendigen Trennung der Koalitionsfreiheit von der Koalitionskampfmittelfreiheit zu dienen.

Die Frage, ob eine Einschränkung der freien Streikbetätigung durch Gesetze, die vor dem Inkrafttreten der Reichsverfassung bestanden, dem Art. 159 gegenüber ihre Wirksamkeit behalten haben, wird am zweckmäßigsten an dem gegenwärtig besonders aktuellen Problem der Rechtmäßigkeit des Beamtenstreiks erörtert (I). Hieran anschließend soll durch den Hinweis auf mehrere legislatorische Maßnahmen der Beweis erbracht werden, daß auch der Gesetzgeber im Ergebnis den hier vertretenen Standpunkt von der Bedeutung und rechtlichen Tragweite des Art. 159 teilt und die Einschränkung der wirtschaftlichen Machtmittel für zulässig hält (II).

---

meisten Fällen die Kämpfenden und Bekämpften selbst wie schließlich auch das ganze Volk schädigen und daß sie daher nur als letztes Mittel zur Durchsetzung von wirtschaftlichen Forderungen erfolgen dürften. So findet denn auch in der Gegenwart eine vertragliche Regelung des Gebrauchs solcher Waffen in reichem Maße statt. — Als Betätigung innerhalb der Sphäre des Unverbotenen kann die Kampfmittelfreiheit durch die Vertragsparteien beliebige Beschränkungen erfahren (s. Art. 152 RV!). Eine allgemeine Grenze besteht nur insofern, als diese Bedingungen nicht gegen die guten Sitten, d. h. gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Volksgenossen verstoßen dürfen.

[190]) Vgl. Erdel, a. a. O. Blatt „Streik".

I. Der Begriff des Beamten ist in einer alle Standesgenossen umfassenden Weise weder in den speziellen Beamtengesetzen noch an anderer Stelle definiert. Auch die bestimmte Grundsätze für das Beamtenrecht enthaltende Reichsverfassung setzt ihn als feststehend voraus. In begrifflicher Begrenzung sei schon an dieser Stelle bemerkt, daß für die zur Erörterung stehende Streitfrage über das Bestehen eines subjektiven Streikrechts der Beamten bzw. über die Zulässigkeit des Beamtenstreiks nur das Beamtentum im engeren Sinn, d. h. die den organschaftlichen Staats- und Kommunaldienst versehenden Berufsgruppen in Frage kommen.[191])

Aus der Spezialliteratur hebt sich insbesondere die schon wiederholt erwähnte Abhandlung von Winter dadurch hervor, daß hier allen Beamten das Streikrecht zuerkannt wird; Bendix[192]) bejaht dieses nur für die mittleren und niederen Beamten. Die Mehrzahl der Schriftsteller[193]) spricht sich aber grundsätzlich, wenn auch vielfach aus verschiedenartigen Erwägungen mit der Reichsregierung gegen die Annahme eines Streikrechts wie einer benannten oder unbenannten Streikfreiheit der Beamten aus.

Die überwiegende Ablehnung der Zulässigkeit des Streiks der Beamten findet ihre Grundlage in der Eigenart der rechtlichen Stellung dieses Berufsstandes zum Staate. — Zur Zeit des Absolutismus wurde das Beamtenverhältnis als auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhend angesehen. Der Beamte erschien zu dieser Zeit mehr als Diener des Herrschers als des Staates.[194]) Man stritt darüber, ob

[191]) Es scheidet daher das soziale Beamtentum i. e. S. aus, da es nicht im öffentlichen Dienst steht und seine Mitglieder überwiegend zu den Klassenorganisationen der Angestellten zu zählen sind. Hierher gehören insbesondere die Gewerkschaftsbeamten, Beamte der Unternehmerverbände, der Genossenschaften, soz. Versicherungen usw.; s. Tatarin-Tarnheyden, a. a. O. S. 31 und 52.

[192]) Die sozialen Erwägungen, die den Verfasser zu einer derartigen, für Staat und Beamtenschaft in gleicher Weise gefährlichen Trennung führten, haben im Gesetz nicht den geringsten Anhaltspunkt und sind durchaus nicht einleuchtend. Sie entspringen vermutlich der bekannten Tatsache, daß die höheren Beamten das Streikrecht nicht für sich in Anspruch nehmen, daß dagegen die mittleren diesem schon mehr sympathisch gegenüberstehen und die niederen, mehr mechanische Dienste verrichtenden Beamten vollends den Streikgedanken durchweg bejahen.

[193]) U. a. namentlich Allekotte, „Die Beamten und das Streikrecht", 1920; Anschütz, Komm. S. 412, Anm. 3; Tatarin-Tarnheyden, a. a. O. S. 51, Anm. (mit näheren Angaben über die schon in den Stürmen der Revolutionszeit zum Ausdruck gekommene ablehnende Haltung der deutschen Regierungen); Damm in der Deutschen Juristenzeitung, 1919, S. 785, 1920, S. 903; Kuhlemann in der DJZ, 1922, S. 137 und Stier-Somlo, a. a. O. S. 464 ff. — Bezüglich des Generalstreiks während des Kapp-Putsches vgl. S. 68. — Bemerkt sei auch, daß das z. Zt. (Juli 1926) dem Bundesparlament vorliegende neue schweizerische Beamtengesetz in einem vom Nationalrat mit großer Mehrheit angenommenen Artikel ein absolutes Streikverbot für Beamte vorsieht.

[194]) Die folgende Untersuchung beschränkt sich auf die rechtliche Stellung der Staatsbeamten. Die Ergebnisse, die für diese gefunden werden, gelten aber auch

es sich hier um ein precarium, eine locatio conductio operarum, ein mandatum oder einen Innominat-Kontrakt handele. In der Folgezeit erblickte man in dem Beamtenverhältnisse einen besonderen Dienstvertrag, bestehend aus einem Hauptvertrag, welcher das Amt, und einem Nebenvertrag, welcher die Besoldung zum Gegenstand habe. Unter dem Einfluß neuzeitlicher Ideen änderte sich dann im Laufe des 18. Jahrhunderts diese Auffassung im Sinne der heutigen Anschauungen und man erkannte, daß die rechtliche Stellung des Beamten nicht auf einem Vertrag, sondern auf einem einseitigen Staatsakt beruht.[195]) — Der Staatsdienst ist als öffentlich-rechtliche Institution heute allgemein anerkannt. Nur über die rechtliche Bewertung der Anstellung des Beamten besteht heute noch Streit.

Nach der namentlich von Laband[196]) vertretenen Vertragstheorie ist das Dienstverhältnis, in das der Beamte zum Staat tritt, ein Rechtsverhältnis besonderer Art; es setze zwar auch einen Vertrag im Rechtssinne, eine Willensübereinstimmung voraus, denn der Staat erkläre sich bereit, eine bestimmte Person in seinen Dienst zu nehmen, und diese müsse einwilligen, in diesen Dienst zu treten; aber der Inhalt dieses Vertrages sei ein anderer, er begründe nicht beiderseitige Rechte, sondern ein öffentlich-rechtliches Verhältnis, einen besonderen Staatsdienst. Demgegenüber wendet die in den letzten Jahren herrschend gewordene sogenannte Hoheitstheorie[197]) ein, daß das fragliche Rechtsgeschäft trotz der erforderlichen Zustimmung der Privatperson nur durch eine einseitige Verfügung der Behörde zustande komme. Mit Recht! Die Zustimmung, die auch in dem Antrag enthalten sein kann, bildet nur eine gesetzliche Voraussetzung (condicio iuris) für die Rechtsgültigkeit der Verfügung.[198]) Es ist nicht richtig, ein allgemeines Rechtsinstitut auf diesem besonders gearteten Gebiet zur Anwendung zu bringen; denn ein Vertrag setzt koordinierte Rechtspersönlichkeiten als Kontrahenten voraus. Für eine solche Gleichordnung besteht aber nur dort Raum, wo für die Herbeiführung eines bestimmten Rechtserfolges von Gesetzes wegen der Wille einer jeden

---

in gleicher Weise für die Beamten im Dienste eines anderen öffentlich-rechtlichen Gemeinwesens.

[195]) Näheres über die geschichtliche Entwickelung des Beamtentums s. Vöge, a. a. O.

[196]) a. a. O. Bd. I, S. 431 ff.; vgl. ferner Seydel („Staatsrecht", Bd. III, S. 324), G. Jellinek (System, S. 212) u. a.; s. auch RGZ Bd. 53, S. 427, 71, S. 239, RG in der Juristischen Wochenschrift, 1913, S. 167.

[197]) O. Mayer, a. a. O. Bd. 1, S. 221 u. Arch. f. ö. R., Bd. 3, S. 42; Meyer-Anschütz a. a. O. Bd. 1, S. 557; Giese, Kommentar zu § 128; Kaskel, a. a. O. S. 4 u. a., in neuerer Rechtsprechung auch das Reichsgericht (vgl. Entsch. v. 23. 3. 17).

[198]) Eine weitere Voraussetzung für die Wirksamkeit des Anstellungsaktes ist für die Reichsbeamten die Eidesleistung, vgl. Reichsgesetz vom 21. 7. 22 über die Pflichten der Beamten zum Schutze der Republik (RGBl 1922, Bd. 1, S. 590).

der beiden Parteien von gleichem juristischen Wert ist. Das trifft aber in diesem Falle nicht zu, wie sich schon aus der Form des Rechtsgeschäftes (Ernennungsurkunde!) ergibt. —

Die Anstellung begründet ein öffentlich-rechtliches Gewaltverhältnis mit besonderen Pflichten der Treue, des Gehorsams und der gewissenhaften Erfüllung der übertragenen Obliegenheiten. Dafür gewährt der Staat dem Beamten besondere Vorteile: Anstellung auf Lebenszeit, gesetzliche Regelung des Ruhegehalts und Hinterbliebenenfürsorge. Verletzt ein Beamter seine Pflichten, so kann er nicht nur privatrechtlich wie bei einem sonstigen Dienstverhältnisse haftbar gemacht werden, sondern es wird auch unmittelbar gegen ihn im Dienstwege eingeschritten. Ohne eine derartige feste Gebundenheit der Beamten vermag der Staat seine Aufgaben nicht zu erfüllen; denn der Beamte ist selbst Organ des Staates, verkörpert ein Stück dieses Staates, dem er dient, und bildet die konkrete Erscheinungsform der abstrakten juristischen Persönlichkeit des Staates. Deshalb muß sich dieser darauf verlassen können, daß seine Beamten dauernd zur Wahrnehmung seiner Geschäfte zur Verfügung stehen. Eine Arbeitseinstellung als wirtschaftliches Kampfmittel gegen den Staat ist mit dieser besonders gearteten Stellung aus rechtlichen und namentlich ethischen Gründen unvereinbar. Sie bedeutet mangels ausdrücklicher anderweitiger Bestimmung auf Grund der Rechtsnatur des Beamtenvertrages Amtspflichtverletzung und Dienstvergehen, das disziplinarisch zu bestrafen ist.[199]) [200])

An diesem Beamtendienstverhältnisse hat sich vom Standpunkte des formalen Rechts in und nach der Staatsumwälzung nichts geändert, und die vorher aufgezählten besonderen Beamtenpflichten gegen den Staat bestehen auch heute noch.[201]) Es kann sich daher im Rahmen dieser Erörterung nur darum handeln, ob die nachnovemberliche Gesetzgebung den Beamten jetzt ein Recht zur Anwendung von Koalitionskampfmitteln gegeben hat. An neuen Bestimmungen kommen hier in Betracht: Der Aufruf der Volksbeauftragten, Art. 124, Art. 130 Abs. 2 und Art. 159 RV. Alle diese Vorschriften gelten auch für Beamte.

Der Aufruf vom 10. 11. 1918 enthält sinngemäß die Verkündung der Koalitionsfreiheit als Unterbegriff der allgemeinen Vereinsfreiheit, Art. 124 besagt etwa dasselbe,[202]) Art. 130 Abs. 2 wiederholt den gleichen Gedanken für die Staatsbeamten nochmals ausdrücklich,

[199]) Vgl. Reichsbeamtengesetz § 10 sowie auch Preuß. Allg. Landrecht 10, II, § 2 und 3; vgl. RGStr Bd. 56, S. 412 ff. und 422.

[200]) Zivilrechtliche Schadensersatzansprüche kommen nur dann in Betracht, wenn das amtswidrige Verhalten zugleich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung enthält (BGB § 839).

[201]) Stier-Somlo, a. a. O. S. 468.

[202]) So auch Gätcke, a. a. O. S. 17.

während Art. 159 die besondere Vereinigungsfreiheit zu dem besonderen Zwecke der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen für jedermann und für alle Berufe, also auch für die Beamten, verkündet. Diese dürfen sich nunmehr nicht nur zu Vereinen und Gesellschaften, sondern auch zu Koalitionen zusammenschließen, die eine Besserung ihrer besonderen Wirtschaftslage verfolgen; sie stehen deshalb auch unter dem besonderen Rechtsschutz der letztgenannten Vorschrift.

Ob den Beamten mit diesen Bestimmungen ein besonderes Recht oder die Erlaubnis zur Arbeitseinstellung gewährt ist, wird sich ohne besondere Schwierigkeiten aus den allgemeinen Ergebnissen dieser Abhandlung ersehen lassen. Wie schon ausgeführt wurde, besagt der Art. 159 nichts über die Mittel, deren sich eine Koalition zur Erreichung ihrer Zwecke bedient. Diese sind Betätigungsformen innerhalb der Sphäre des Unverbotenen, in die der Rechtsstaat jederzeit durch Gesetz eingreifen kann. Ist diese Möglichkeit aber gegeben, so wird man mangels entgegenstehender gesetzlicher Vorschrift annehmen müssen, daß auch die bei Verkündung des Art. 159 bestehenden gesetzlichen Bestimmungen über die Anwendung wirtschaftlicher Kampfmaßnahmen in Kraft geblieben sind. Ist das aber wiederum der Fall, so verbleibt es auch nach der Revolution bei dem alten Rechtszustande, d. h. der Streik der Beamten ist nach wie vor mit ihren dem Staate zu leistenden Pflichten unvereinbar.[203])

Mit diesem Ergebnisse steht auch der von den Anhängern des Beamtenstreikrechts als Beweismittel angeführte Generalstreik anläßlich des Kapp-Putsches[204]) nicht im Widerspruch. Die allgemeine Arbeitseinstellung im März 1920 zur Abwehr eines gegen den gegenwärtigen Bestand des Staates gerichteten hochverräterischen Unternehmens wie das von der Gegenmeinung verschiedentlich herangezogene Verhalten der Beamten im besetzten Gebiete haben mit dem Vereinigungsrechte auf dem Gebiete der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nichts zu tun. Derartige Dienstverweigerungen der Beamten zeigen keines der Merkmale eines Streiks. Sie sind im Gegenteil ein Zeichen der Pflichterfüllung, ein Handeln in der dem Staate schuldigen Treue, das sich eben infolge ganz ungewöhnlicher Verhältnisse in Einstellung der Tätigkeit äußern muß.[205]) Mit solchen durch höhere staatliche

[203]) Vgl. besonders die Verordnung des Reichspräsidenten betr. Verbot der Arbeitsniederlegung durch Beamte der Reichsbahn vom 1. 2. 1922 (RGBl S. 187): § 1 Abs. 1: „Den Beamten der Reichsbahn ist ebenso wie allen übrigen Beamten nach dem geltenden Beamtenrechte die Einstellung oder Verweigerung der ihnen obliegenden Arbeit verboten"!! Die Rechtsgültigkeit dieser Verordnung ist vom Reichsgericht (RGStr 56, 420 ff.) u. vom Reichstag (Verhandlungen vom 9. u. 10. 2. 1922) anerkannt.

[204]) Vgl. Stier-Somlo, a. a. O. S. 465.

[205]) RGStr Bd. 56, S. 419, 462.

Notwendigkeit gebotenen Dienststeinstellungen ist aber ein Streik, den der Beamte um wirtschaftlicher Vorteile willen gegen den Staat anwendet, in keinem Falle zu vergleichen.[206]) [207])

II. Die Anhänger des unbedingten Streikrechts haben aber nicht nur die Gültigkeit aller früheren, die Streikbetätigung einschränkenden gesetzlichen Bestimmungen mit dem Inkrafttreten der neuen Reichsverfassung bestritten, sie stehen auch auf dem Standpunkt, daß der Staat nur auf Grund verfassungändernden Gesetzes die Anwendung von wirtschaftlichen Kampfmaßnahmen unterbinden darf. Diese in neuester Zeit nur noch vereinzelt vertretene Ansicht wird, wie schon nachgewiesen wurde, der wahren Bedeutung des Art. 159 RV nicht gerecht. Die logische Notwendigkeit einer Trennung zwischen Vereinigungsfreiheit und Kampfmittelfreiheit wird heute überwiegend von der Wissenschaft und, was am bedeutsamsten ist, auch von der Praxis der neueren Gesetzgebung anerkannt.

Mit der Aufhebung des § 153 GewO über die Strafbarkeit des Koalitionszwanges und der landesrechtlichen Strafvorschriften über die Strafbarkeit des Kontraktbruches und der Koalitionsbildung von Landarbeitern und Dienstboten waren die letzten Sonderstrafgesetze für Arbeitskämpfe beseitigt worden. Am 10. 12. 20 hat nunmehr der Reichspräsident auf Grund der Notverordnung betr. Stillegung von Betrieben, welche die Bevölkerung mit Gas, Wasser und Elektrizität versorgen, neue Strafbestimmungen erlassen.[208]) Nicht nur die Zulässigkeit von Arbeitskämpfen wurde von besonderen Voraussetzungen abhängig gemacht (obligatorisches Schlichtungsverfahren!), sondern gleichzeitig auch bestimmte Kampfhandlungen zur Führung eines hiernach unzulässigen wirtschaftlichen Kampfes mit Strafe bedroht. Nach der hier vertretenen Auffassung ist diese Verordnung des Reichspräsidenten auf Grund des Art. 48 Abs. 2 RV ohne Zweifel für zulässig und rechtsgültig zu erachten; denn sie greift nicht in die durch Art. 159 garantierte Vereinigungsfreiheit ein, sondern beschränkt nur die Kampfmittelfreiheit, die Betätigung im Rahmen der unbenannten bürgerlichen Freiheit. Diese Einschränkung setzt aber kein verfassungänderndes Gesetz voraus, sondern kann durch jede andere gesetzliche Bestimmung erfolgen. Eine solche ist aber auch die

[206]) Vgl. auch Teilhaber in „Arbeitsrecht", Bd. VIII, S. 158.

[207]) Das gilt auch für den sog. Existenzstreik der Beamten. Der Beamte hat als solcher bei der Anstellung auf eigene persönliche Mitwirkung an der Gestaltung seiner Besoldung verzichtet. Diese erfolgt durch Besoldungsgesetz, d. h. nach dem Mehrheitswillen aller Glieder der Rechtsgemeinschaft, der im Staatswillen zum Ausdruck kommt. Diesem Gemeinwillen gegenüber ist ein Selbsthilferecht unzufriedener Beamten nicht zu billigen (so auch Groh, a. a. O. S. 79 ff.).

[208]) Vgl. hierzu Hilb bei Kaskel, Koalitionen S. 149; Groh, a. a. O. S. 86; Erdel, a. a. O. Blatt „Betriebsstillegung in lebenswichtigen Betrieben"; s. auch RGStr Bd. 56, S. 412 ff.

fragliche Verordnung, da sie eine „Maßnahme" im Sinne des Art. 48 Abs. 2 ist. — Einer besonderen Erwähnung bedarf der § 1 Abs. 2 der Verordnung, der jede Aufforderung zu einer nach § 1 Abs. 1 unzulässigen Aussperrung oder Arbeitsniederlegung mit Strafe bedroht. Auch diese Vorschrift steht nicht mit der Reichsverfassung in Widerspruch, da sie nicht eine nach Art. 159 Satz 2 rechtswidrige Maßnahme gegen die Koalitionsabrede, sondern nur eine besondere Sicherung des im § 1 Abs. 1 vorgesehenen obligatorischen Schlichtungsverfahren darstellt.[209]) Die Bildung einer Vereinigung zur Durchführung eines Streiks oder einer Aussperrung ist nach wie vor auch in gemeinnötigen Betrieben erlaubt; verboten ist nur die Anwendung des Kampfmittels vor der Verkündung des Schiedsspruches und einer sich daran anschließenden dreitägigen Frist.

Die Einführung des obligatorischen Schlichtungsverfahrens für die gemeinnötigen Betriebe durch die angeführte Notverordnung wirft ein bemerkenswertes Licht auf die immer stärker zum Ausdruck kommende Tendenz des allgemeinen Schlichtungswesens.[210]) Aus mittelalterlichen Anfängen heraus hat sich die Rechtsform der Schlichtung insbesondere seit dem Entstehen der sogenannten sozialen Frage zu Anfang des vorigen Jahrhunderts in wachsendem Maße im wirtschaftlichen Leben ausgewirkt. Von der ursprünglich nur beabsichtigten gütlichen Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten ging der Gesetzgeber in und nach dem Kriege allmählich dazu über, auch auf die Entstehung der wirtschaftlichen Kämpfe selbst vorbeugend maßgebenden Einfluß zu gewinnen.[211]) Am weitesten ging in dieser Richtung der nicht Gesetz gewordene § 55 Abs. 1 des ersten Entwurfes einer Schlichtungsverordnung,[212]) der das Schiedsverfahren allgemein gesetzlich vorschrieb. Die grundsätzliche Bedeutung dieser beabsichtigten legislatorischen Maßnahme muß zugegeben werden; ihre praktischen Auswirkungen würden jedoch in dem gegenwärtigen Wirkungskreis des Schlichtungsverfahrens keine wesentlichen Veränderungen mehr hervorrufen. Denn Tarifverträge und Verbandssatzung haben nicht allein für alle Betriebe, deren Stillegung durch Arbeitseinstellung die Lebensinteressen der Allgemeinheit und der gesamten Arbeiterschaft in Gefahr bringen, die Anrufung des Schlichtungsverfahrens vor Ausbruch des Streiks vor-

---

[209]) So auch Groh, a. a. O. S. 87 f.

[210]) Vgl. Kaskel, a. a. O. S. 279 ff.; Hilb bei Kaskel, Koalitionen S. 149 ff.

[211]) Die wichtigsten gesetzlichen Bestimmungen für die Nachkriegszeit sind das durch den Aufruf der Volksbeauftragten zunächst gültig gebliebene, dann aber durch die Verordnung vom 23. 12. 1918 ersetzte Hilfsdienstgesetz vom 5. 12. 1916, ferner die Demobilmachungsverordnungen vom 3. 9. 1919 und 12. 2. 1920 sowie die Verordnung über das Schlichtungswesen vom 30. 10. 1923, die zusammen mit der Ausführungsverordnung vom 29. 12. 1923 die Grundlage des derzeitigen Schlichtungswesens bildet.

[212]) Vgl. Reichsarbeitsblatt, I, 12, S. 449.

geschrieben, sondern machen darüber hinaus in der Regel auch für alle Arbeitsstreitigkeiten die ergebnislose Anrufung der Schlichtungsstelle für den Streikbeschluß zur Voraussetzung.[213])

Es tritt also auch für das bedeutsame Gebiet des allgemeinen Schlichtungswesens der hier vertretene Standpunkt in der Gesetzgebung wie in der Praxis zur Vermeidung wirtschaftlicher Kämpfe klar zutage. Alle diese gesetzgeberischen wie vertraglichen Maßnahmen wären rechtswidrig, wenn nach der hier bekämpften Meinung die Einschränkung des „Streikrechts" nur durch verfassungänderndes Gesetz erfolgen könnte.

§ 13.

Der Streik und seine Rechtsfolgen.

Die öffentlich-rechtliche Bedeutung des Streiks ist in den vorgehenden Kapiteln behandelt worden. Das Ergebnis wurde dahin zusammengefaßt, daß von einem öffentlichen wie privaten Streikrecht nur im Sinne einer vom Staate freigegebenen und für straffrei erklärten individuellen Betätigung persönlicher Handlungsfreiheit, d. h. von einer „unbenannten Streikfreiheit" gesprochen werden darf. Es gilt nunmehr die Folgerungen aus dieser Tatsache für das Vertragsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu ziehen und sonstige Auswirkungen dieser grundsätzlich rechtlich irrelevanten Tätigkeit näher zu erörtern.

Wie schon bei der Untersuchung über die rechtliche Bedeutung des Art. 159 RV und im § 12 ausgeführt wurde, ist eine gesetzliche wie vertragsmäßige Einschränkung der Streikfreiheit für durchaus zulässig zu halten. Das führt zu einer vielfach unbeachteten, für die Frage nach den Rechtsfolgen des Streiks aber durchaus wichtigen Unterscheidung: Werden bei der Anwendung dieses Koalitionskampfmittels von dem einzelnen die ihm gesetzlich auferlegten oder von ihm vertraglich übernommenen Beschränkungen seiner Streikfreiheit innegehalten, so bleibt diese Betätigung im Rahmen der allgemeinen bürgerlichen Freiheit, in der Sphäre des Unverbotenen; der Streik zieht daher keine Rechtsfolgen nach sich, er ist „legal". Verstößt der Arbeitnehmer aber mit seiner Kampfmaßnahme gegen das Gesetz oder besondere vertragliche Bestimmungen, so handelt er insoweit unzulässig, der Streik ist „illegal". Die Rechtsfolgen solchen Verhaltens in großen Zügen klarzulegen, sei zur Ergänzung des öffentlich-rechtlichen Teils dieser Abhandlung die Aufgabe des folgenden.[214])

---

[213]) Kaskel, a. a. O. S. 307.

[214]) Vgl. hierzu namentlich Lotmar, a. a. O. Bd. II, S. 123 u. 257; Groh, a. a. O. S. 92 ff.; Kaskel, a. a. O. S. 318 ff.; Melsbach, a. a. O. S. 7, 24 ff. u. 38; Dersch bei Kaskel, Koalitionen, S. 114.

Nach Kaskel[215]) kann eine unzulässige Koalitionsbetätigung tarifwidrig, vertragswidrig, verbandswidrig, amtswidrig, unerlaubt oder strafbar sein. Der Zweck dieser abschließenden Untersuchung läßt ein Eingehen auf Verstöße gegen den Tarifvertrag,[216]) gegen Verbandsstatuten[217]) oder gegen öffentliche Amtspflichten[218]) als nicht erforderlich erscheinen. Es mag daher genügen, auf die Hauptfälle illegaler Streikhandlungen, also auf vertragswidriges, unerlaubtes und strafbares Verhalten bei der Arbeitsniederlegung, näher einzugehen.

I. Der Streik als solcher löst noch nicht ohne weiteres den Einzelarbeitsvertrag.[219]) Er ist auch nicht als Kündigung des Vertrages aufzufassen, da der Wille zu seiner Lösung nicht notwendig vorhanden zu sein braucht.[220]) Streikt daher der Arbeitnehmer, ohne das Vertragsverhältnis durch ordnungsmäßige und rechtsmäßige Kündigung aufzuheben, so ruht dieses nur; es dauert ungelöst fort, mag es sich nun um einen Arbeitsvertrag mit täglicher oder längerer Kündigungsfrist oder um Akkordarbeitsverträge handeln.[221]) Mit dieser fortdauernden Wirksamkeit bleiben aber auch für beide Parteien die ursprünglichen Vertragspflichten von Bestand. Verletzt der Arbeitnehmer durch die Arbeitsniederlegung seine Leistungspflicht, ohne daß die Tatsache des Streikausbruches eine solche Verletzung juristisch rechtfertigt, so handelt er also vertragswidrig, er streikt „unter Vertragsbruch".[222])

Für dieses Verhalten des Arbeitnehmers kommen die allgemeinen

---

[215]) a. a. O. S. 318.

[216]) Vgl. hierüber Kaskel, a. a. O. S. 318 f. u. Krotoschin und Weigert bei Kaskel, Koalitionen, S. 178 ff. bzw. 192 ff.

[217]) Vgl. Kaskel, a. a. O. S. 322 f.

[218]) Vgl. die Ausführungen Kaskels (a. a. O. S. 323) über das Streikrecht der Beamten und Betriebsvertreter, sowie die Abhandlungen von Grote und Nörpel bei Kaskel, Koalitionen, S. 122 ff. bzw. 129 ff.

[219]) Über den Begriff des Arbeitsvertrags s. Lotmar, a. a. O. Bd. I, S. 79 ff. Dieser hat neben Loening vor allem auf die Unhaltbarkeit des Zustandes hingewiesen, daß der Arbeitsvertrag bis vor wenigen Jahren fast keine juristische Beachtung fand, obgleich er die rechtliche Grundlage für das Leben ungezählter Millionen von Menschen, ja für die gesamte Volks- und Weltwirtschaft geworden war. Heute ist dieser Vertrag als ein selbständiger Typus anerkannt, der sich nicht immer mit dem Dienstvertrag des BGB und gar nicht mit dem Werkvertrag deckt.

[220]) Vgl. oben S. 55 f.

[221]) Wird mit dem Ausbruch des Streiks gleichzeitig die Kündigung ausgesprochen, so ist das Verhältnis mit dem Wirksamwerden der Kündigung gelöst. Für diese Zeitspanne gelten die gleichen Rechtsfolgen wie bei dem Streik ohne vorherige Kündigung. Wegen der weiteren Rechtsfolgen, die sich aus der Lösung des Vertrages ergeben können, vgl. Dersch bei Kaskel, Koalitionen, S. 120.

[222]) Vgl. für den umstrittenen Begriff des Arbeitsvertragsbruchs (s. auch § 124 b GwO!) insbesondere Elster in „Arbeitsrecht", 1919, S. 26 ff. und 92 ff., 1920, S. 15 ff. sowie Groh als Gegner der Elsterschen Definition, a. a. O. S. 93 ff.

Vorschriften des bürgerlichen Rechts in Frage. Der § 611 BGB legt dem Arbeitnehmer als Hauptpflicht die Leistung der versprochenen Dienste auf. Diese Verpflichtung besteht nach Maßgabe des Arbeitsvertrages kraft vertraglicher Bindung und kann daher für die Zeit der Vertragsdauer einseitig nur durch ordnungsmäßige Kündigung zum nächsten zulässigen Kündigungstermin von diesem Zeitpunkte ab zum Erlöschen gebracht werden. Erfolgt die Arbeitsniederlegung ohne vorhergehende Lösung des Vertragsverhältnisses, so verletzt der Streikende vorsätzlich die ihm obliegende Leistungspflicht und hat nach § 325 BGB diese schwerwiegende Vertragsverletzung zu vertreten.[223])

Von verschiedener Seite sind nun Gründe angeführt worden, die das an und für sich vertragswidrige Verhalten des streikenden Arbeiters rechtlich relevant als entschuldbar darstellen wollen. So wurde insbesondere in den ersten Jahren nach dem Inkrafttreten der neuen Reichsverfassung eine Haftung des Vertragsbrüchigen wegen des dem einzelnen vermeintlich zustehenden subjektiven Streikrechts besonders in der Arbeitnehmerschaft bestritten. Daß diese Ansicht von falschen Voraussetzungen ausgeht, ist im vorhergehenden genügend erörtert worden.

Auch eine objektive oder subjektive Unmöglichkeit der Arbeitsleistung kommt für den einzelnen Arbeitnehmer in der Regel nicht in Betracht.[224]) Objektiv unmöglich ist eine Leistung, die überhaupt nicht gemacht werden kann. Da der Arbeitspflichtige die vertragsmäßig ausbedungene Leistung vorsätzlich durch Arbeitsniederlegung verweigert, bleibt für eine solche Leistungsunmöglichkeit kein Raum. Auf ganz anderem Gebiete liegen die Fälle, in denen der einzelne Arbeitswillige von dem Streikenden an der Leistung der Arbeit gewaltsam verhindert wird. Hier greift die verfochtene Rechtfertigung eines vertragswidrigen Streiks überhaupt nicht Platz, da der Arbeitswillige nicht streikt, sondern nur durch äußere, nicht in seiner Person liegende Umstände an der Erfüllung seiner Dienstpflicht behindert wird. Aus den gleichen Gründen scheidet auch die Unausführbarkeit der vertragsmäßig übernommenen Arbeit durch einen sog. Teilstreik aus. Es sei hier an das bekannte Beispiel erinnert, daß die Heizer eines Betriebes streiken, und infolgedessen die übrige Belegschaft wegen Stillstandes der Maschinen usw. ihre Arbeit nicht verrichten kann. Ob in diesem Falle trotz Nichtleistung der Arbeit ein Lohnanspruch des Arbeitswilligen besteht, ist sehr bestritten.[225]) [226]) M. E. wird man dem Arbeitgeber nicht zumuten können, an die durch den Streik ihrer Genossen in der

---

[223]) Vgl. über den Nachweis des Verschuldens namentlich Dersch bei Kaskel, Koalitionen, S. 115.

[224]) So auch Kaskel, a. a. O. S. 321.

[225]) Im verneinenden Sinne sprechen sich besonders unter Berufung auf § 323 BGB zugunsten des Arbeitgebers aus: Oertmann, „Archiv f. d. Ziv.

Leistung ihrer Dienste behinderten Arbeitswilligen weiterhin den Lohn zu zahlen. Denn dem Unternehmer ist es durch den Teilstreik unmöglich geworden, seinerseits den Vertrag durch Gewährung der Arbeitsgelegenheit und Arbeitsmöglichkeit zu erfüllen. Er ist daher von seiner Verpflichtung aus dem Arbeitsvertrage nach § 323 BGB befreit. Das Reichsgericht verweist in seiner angeführten Entscheidung mit Recht über die individualistische Einstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches hinaus auf die gegenwärtigen sozialen Verhältnisse im Wirtschaftsleben. Wenn auch heute noch das Tätigwerden des einzelnen Arbeiters im Betriebe einen Einzelarbeitsvertrag voraussetzt, so tritt doch der einzelne, und das ist das Wesentliche, mit seinem Vertrage in die Organisation des Betriebes ein, dessen produktive Leistung nicht mehr vom Unternehmer allein mit seinem Kapital und seinen Arbeitsmitteln, sondern in gemeinschaftlichem Zusammenwirken von Arbeitgeber und Arbeitnehmerschaft gewonnen wird.[227]) Versagt aber der Einfluß der Arbeiterschaft auf einen Teil ihrer Mitglieder und wird durch deren Verhalten die Arbeitsgemeinschaft illusorisch, so müssen billigerweise bei Nichtverschulden des Unternehmers auch die übrigen arbeitswilligen Mitglieder der Arbeiterschaft die Folgen tragen und können nicht verlangen, daß ihnen während der Betriebsstockung der Arbeitslohn weitergezahlt wird.

Das Vorliegen einer nach § 275 Abs. 2 BGB der objektiven Unmöglichkeit gleichstehenden nachträglich eintretenden subjektiven Unmöglichkeit ist in der Praxis[228]) vereinzelt dann angenommen worden, wenn der Arbeiter einem Verbande angehört und dieser den Streik proklamiert hat. Diese Auffassung ist unhaltbar und hat mit Recht keinen Beifall gefunden. Die angeführten Entscheidungen berücksichtigen nicht, daß es sich bei der Befolgung von Verbandsbeschlüssen lediglich um eine im Innenverhältnisse zwischen dem einzelnen Mitgliede und seiner Organisation bestehende Verpflichtung handelt, die aber selbst bei der Annahme der rechtlichen Wirksamkeit derartiger illegaler Streikanordnungen die auf ganz anderer Grundlage beruhen-

---

Praxis", Bd. 17, S. 1 ff.; Trautmann in „Gruchots Beiträgen", Bd. 59, S. 434 ff.; Kaskel in MZfA, 1922, Sp. 1 ff.; RGZ, Bd. 106, S. 272 ff. A.M. unter Berücksichtigung des § 615 BGB namentlich Titze, „Unmöglichkeit der Leistung", S. 21 ff. und die meisten Gewerbegerichte; vgl. auch Groh, a. a. O. S. 165 ff. und Potthoff in der Jur. W., 1922, S. 551, der dem Unternehmer die Lohnzahlungen unter dem Gesichtspunkte des „Betriebsrisikos" auferlegen will.

[226]) Die gleiche Streitfrage taucht bei Betriebsstockungen infolge Mangels an Rohstoffen oder Zerstörung des Betriebes auf.

[227]) Beachte insbesondere das Betriebsrätegesetz vom 4. 2. 1920.

[228]) Vgl. das Urteil des Landgerichts Frankfurt a. M. vom 20. 7. 23 im Anschluß an eine Entscheidung des Gewerbegerichts in Innsbruck; s. auch Lewinsohn in „Arbeitsrecht", VII, S. 103 ff. Dagegen namentlich Kaskel, a. a. O. S. 321, Lenhardt in „Blätter für Arbeitsrecht", Nr. 16, vom 6. 7. 24, Oertmann, a. a. O. S. 279 u. a.

den vertraglichen Beziehungen des Koalierten zum Arbeitgeber nicht berührt. Die Befolgung dieser internen Verpflichtung kann demgemäß auch keinen subjektiven Entschuldigungsgrund im Vertragsverhältnisse des Arbeitnehmers zum Arbeitgeber bilden.[229]) [230])

Es gibt schließlich Fälle, in denen die Verpflichtung zur vertraglichen Leistung entfallen soll, weil dem betreffenden Vertragsteile das Festhalten am Vertrage *nicht zugemutet* werden kann. Obwohl im Gesetz nicht geregelt, ist diese Frage vom Reichsgericht und in der Theorie überwiegend bejaht worden.[231]) Man wird im einzelnen mit Nipperdey[232]) am zweckmäßigsten von dem § 242 BGB ausgehen und eine Nichtzumutbarkeit der Leistung nach Treu und Glauben dann annehmen müssen, wenn ohne Verschulden des Schuldners ein Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht, das beim Vertragsschlusse in diesem Ausmaße nicht voraussehbar war. — Fraglich ist es, ob der Streik eines Arbeitnehmers unter diesem Gesichtspunkte auch dann juristisch für gerechtfertigt anzusehen ist, wenn er sich aus moralischen Gründen zur Niederlegung der Arbeit entschließt, um nicht „unsolidarisch" zu handeln und seinen Arbeitskollegen durch Fortsetzung seiner Dienste in den Rücken zu fallen. Schließt der Arbeiter mit dem Unternehmer einen Vertrag mit Kündigungsfrist ab, so begibt er sich in vollem Bewußtsein der Tragweite einer solchen Bindung für die Vertragsdauer des Rechts der Arbeitsniederlegung. Da die Kündigungsfrist aber dem Arbeitgeber ebenso wie dem Arbeitnehmer eine Sicherung gegen die plötzliche, unmittelbare Lösung des Vertragsverhältnisses geben soll, wird man daher den Arbeiter nach geltendem Rechte im Interesse der prinzipiellen Sicherung des Einzelarbeitsvertrages die Verpflichtung zur Vertragserfüllung grundsätzlich auch dann zumuten dürfen, wenn er sich aus menschlich durchaus zu billigenden Gründen zur Arbeitsniederlegung entschließen zu müssen glaubt.[233])

---

[229]) Der Streikbeschluß und die Absicht, ihm Folge zu leisten, verleiht daher auch dem einzelnen Arbeitnehmer grundsätzlich noch keinen wichtigen Grund zur Kündigung des Vertragsverhältnisses gemäß § 626 BGB, da er auf einem freien Willenentschlusse des Streikenden beruht (vgl. Oertmann, a. a. O. S. 280) — s. aber auch den folgenden Absatz.

[230]) A. M. Lewinsohn in „Arbeitsrecht", VII, S. 99 ff., der auf Grund der „öffentlich-rechtlichen Wirksamkeit der Gewerkschaften" dem einzelnen ohne Rücksicht auf entgegenstehende Vertragspflichten für berechtigt hält, den Beschlüssen seines Verbandes, also auch einem Streikbeschlusse, Folge zu leisten.

[231]) Vgl. den allgemeinen Überblick über die Theorien bei Dersch (b. Kaskel, Koalitionen, S. 116 f.), ferner Groh, a. a. O. S. 128 f. und Kaskel, a. a. O. S. 321 f.

[232]) „Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung", 1924.

[233]) Ganz anders liegt jedoch die rechtliche Lage bei der sog. *Streikarbeit*, d. h. der Verrichtung einer im Streik verweigerten Arbeit durch einen andern (s. Lotmar, „Streikbruch und Streikarbeit" in „Arbeitsrecht", I/II, S. 265 ff.). Sie ist nicht nur von dem Standpunkte der streikenden Arbeitskollegen

Mit diesem zuletzt behandelten Vorwande der Nichtzumutbarkeit der Leistung ist die Reihe der Gründe erschöpft, die vermeintlich unter Umständen zu einer allgemeinen Rechtfertigung des Vertragsbruches für den Arbeitnehmer führen sollten. Das Ergebnis zeigt, daß der streikende Arbeiter in jedem Falle (mit eventueller Ausnahme der Nichtzumutbarkeit) für die Folgen seiner vertragswidrigen Kampfhandlung einzustehen hat. Auf diese Folgen sei nunmehr näher eingegangen.

1. Der Eintritt in den Streik ohne Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist gibt zunächst nach feststehender Rechtsprechung und Rechtslehre dem Arbeitgeber einen wichtigen Grund, das Vertragsverhältnis fristlos zu kündigen.[234]) Unterliegt der Vertrag den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften, so ergibt sich dieses aus § 626 BGB; für Handlungsgehilfen kommt § 70 des Handelsgesetzbuches, für Betriebsbeamte, Werkmeister und ähnliche Angestellte § 133 b GewO in Frage. Für die Arbeitsverträge der gewerblichen Arbeiter gelten besondere Bestimmungen: Der Arbeitgeber hat nach § 123 Abs. 1 Satz 3 GewO gegen den streikenden Arbeiter ein Recht auf vorzeitige fristlose Kündigung, da der Streik als beharrliche Verweigerung der dem Arbeiter nach dem Vertrage obliegenden Verpflichtungen aufzufassen ist; dieses Recht muß aber gemäß § 123 Abs. 2 GewO binnen einer Woche nach dem Bekanntwerden des Kündigungsgrundes ausgeübt werden.

Da der Arbeitnehmer nach dem gewerblichen Arbeitsvertrage zur Vorleistung verpflichtet ist, kann der Arbeitgeber auch gemäß § 320 BGB die ihm obliegende Leistung, nämlich insbesondere die Zahlung des Lohnes, verweigern, bis der Streikende seine vertraglichen Verpflichtungen vollständig erfüllt hat.[235]) Statt einer sofortigen Kün-

aus, sondern auch nach der allgemeinen Volksmoral ein durchaus zu verwerfendes Verhalten. Verlangt der Arbeitgeber Streikarbeit, so ist dieses Ansinnen ein Verstoß gegen die guten Sitten. Eine Verletzung des Vertrages wegen dieser Leistungsverweigerung liegt daher auch in keinem Falle vor. — Eine Grenze für die Unsittlichkeit der Streikarbeit wird aber dort zu ziehen sein, wo überwiegende öffentliche Interessen, z. B. technische Nothilfe in gemeinnötigen Betrieben, diese Arbeit erfordern (vgl. Verordnung vom 10. 11. 1920, §§ 2 u. 3, RGBl Bd. II, S. 1865.

[234]) Vgl. für die Theorie Staudinger, II, 2, S. 1134 f. mit näheren Literaturangaben und für die Praxis die Zeitschrift „Gewerbe- und Kaufmannsgericht", Bd. 26, S. 120, 188, 209; a. M. Lotmar, a. a. O. Bd. 2, S. 135.

[235]) Die Zurückbehaltung des Lohnes, seine Aufrechnung gegen etwaige Schäden oder auf Grund einer Vertragsstrafe sind nach den tatsächlichen Lebensverhältnissen die fast einzigen auch real wirkenden Mittel des Arbeitgebers gegen den vertragsbrüchigen Arbeitnehmer. Aber auch sie sind rechtlich sehr beschränkt. Die Lohnforderungen bleiben meistens unter der Pfändungsgrenze und die Aufrechnung gegen eine unpfändbare Forderung ist nach § 394 BGB unzulässig. Soweit die Aufrechnung unzulässig ist, ist aber auch die Zurückbehaltung des Lohnes nach dem noch immer herrschenden Streite in Literatur und Praxis eine fragliche Sache (vgl. Enneccerus, Bd. I, 2, § 269, II, 2 und § 249, I, 3; für die Gewerbeordnung (§ 119 a) s. Landmann, a. a. O.).

digung kann der Arbeitgeber auch mit einer geeigneten Gegenmaßnahme, insbesondere mit einer Aussperrung der Streikenden antworten.[236])

2. Entsteht dem Arbeitgeber durch die vorzeitige Beendigung des Arbeitsvertrages infolge vertragsbrüchigen Verhaltens ein Schaden,[237]) so kann er von dem vertragswidrigen Teil nach § 628 Abs. 2 BGB Ersatz dieses Schadens verlangen. Einen Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinnes wird man ihm jedoch nur insoweit zubilligen dürfen, als der Schaden bis zu dem seitens des streikenden Arbeitnehmers zulässigen ersten Kündigungstermin entstanden ist.

3. Da der vertragswidrig streikende Arbeitnehmer durch die vorsätzliche Verweigerung seiner Dienste in Leistungsverzug gerät, kann der Arbeitgeber auch die ihm aus den §§ 325, 326 BGB zustehenden Rechte geltend machen und von dem Streikenden entweder Erfüllung und Ersatz des durch die Verzögerung der Erfüllung bzw. Nichterfüllung erlittenen Schadens verlangen oder aber nach vergeblicher Fristsetzung nunmehr die Leistung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern.[238]) In gewerblichen Betrieben mit weniger als 20 Arbeitnehmern kann der Unternehmer ferner unter Ausschluß jedes weiteren Schadenersatzanspruches gemäß §§ 124 b, 134 GewO für jeden Tag des Vertragsbruches den ortsüblichen Tagelohn, höchstens aber einen Wochenlohn als Ersatz verlangen, ohne daß er den Nachweis eines tatsächlich erlittenen Schadens zu erbringen braucht.

4. Neben diesen Ansprüchen steht dem Arbeitgeber gegenüber dem Vertragsbrüchigen auch ein Ersatzanspruch nach dem Grundsatze der positiven Vertragsverletzung zu. Die von Staub begründete und durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts weiter fortgebildete Theorie der, genauer gesprochen, positiven Forderungsverletzung gibt dem vertragstreuen Teil in analoger Anwendung der Grundsätze der §§ 325, 326 BGB ein Rücktrittsrecht und einen Schadensersatzanspruch gegen den Schuldner, wenn dieser dem Vertrage dermaßen zuwiderhandelt, daß sein Verhalten als eine ernstliche endgültige Erfüllungsweigerung angesehen werden muß. Da der Streik als Arbeitsstreitigkeit (im Gegensatz zu politischen Streiks usw.) eine Änderung des Vertrages zum Ziele hat, bedeutet das Verhalten der an ihm beteiligten Arbeitnehmer im Hinblick auf die getroffenen und noch gelten-

---

[236]) So auch RGZ, Bd. 73, S. 103; a. M. Lotmar, a. a. O. Bd. 2, S. 136 und 231, Anm. 2.

[237]) Z. B. durch Einstellen teuerer Arbeitskräfte, Notstandsarbeiten, Wertminderung des Materials (Verderben von Lebensmitteln, Ersaufen von Gruben).

[238]) Trotz des spezialgesetzlichen Charakters des § 626 BGB hält die herrschende Meinung mit Recht die Anwendung der allgemeinen schuldrechtlichen Bestimmungen auf das Arbeitsvertragsrecht für zulässig; vgl. Lotmar, a. a. O. Bd. 2, S. 140 ff. und 156 ff., Groh, a. a. O. S. 152 ff., Staudinger, a. a. O. zu § 326 BGB u. a.

den Vertragsvereinbarungen stets eine positive Verletzung der dem Arbeitgeber zustehenden Ansprüche.

Erwähnt sei in diesem Zusammenhange auch die sog. passive Resistenz, bei der der Arbeiter zwar formell die Arbeit fortsetzt, aber durch eine bewußt übertriebene Befolgung aller Dienstvorschriften den praktischen Erfolg seiner Tätigkeit vereitelt. Sie ist kein Streik im arbeitsrechtlichen Sinne, gibt aber nach herrschender Meinung dem Arbeitgeber ein Recht zur Zurückbehaltung des Lohns, zur Kündigung und zum Schadensersatz wegen Verletzung der vertraglich übernommenen Pflichten (vgl. Oertmann a. a. O. S. 281 und NZfA 1924 Sp. 179 über die Stellungnahme des Reichsarbeitsministers vom 30. 4. 23).

5. Haften die streikenden Arbeitnehmer für den durch die gemeinsame Vertragsverletzung verursachten Schaden als Gesamtschuldner?[239]) — Ein Schadenersatzanspruch gegen den einzelnen Arbeitnehmer ist regelmäßig praktisch ohne Erfolg, da, wie erwähnt, sein Arbeitslohn in der weitaus größten Mehrzahl der Fälle als unterhalb der Pfandgrenze liegend der Pfändung nicht unterworfen ist. Da der Streik grundsätzlich keine unerlaubte Handlung ist, so sind auch die für deliktische Gesamtschuldnerschaft in Frage kommenden §§ 830 und 840 BGB auf den durch Nichterfüllung kontraktlicher Verbindlichkeiten entstandenen Schaden nicht anwendbar. Es handelt sich in diesem Falle auch nicht um einen gemeinschaftlichen Vertrag im Sinne des § 427 BGB, aus dem die Arbeiter als Gesamtschuldner haften; denn jeder bricht nur seinen eigenen Arbeitsvertrag. Die Streitfrage wird vielmehr mit Groh[240]) nach den Prinzipien des Kausalzusammenhangs zu entscheiden sein. Es ergeben sich hierbei drei Möglichkeiten: Handelt es sich um einen Schaden, der nachweisbar durch die Arbeitsverweigerung eines Vertragsbrüchigen entstanden ist (z. B. der Materialienverwalter läßt die Rohstoffe verderben), so haftet der für diese spezielle Arbeit Verpflichtete trotz des gleichzeitigen Streiks der übrigen Arbeitskollegen allein. Entsteht durch den Streik ein Schaden an einer einzelnen Werkseinrichtung (z. B. Maschine, Hochofen), so haftet nur das Bedienungspersonal. Entsteht der Schade durch das Stilllegen des Betriebes überhaupt (z. B. entgangener Gewinn, Schadenersatzforderungen Dritter), so haften alle Streikbeteiligten.[241]) — — —

---

[239]) Vgl. RGZ, Bd. 47, S. 248 und Urteil vom 2. 2. 09 in Warneyers Erg. Bd. 2, S. 187.

[240]) a. a. O. S. 156 ff.; vgl. auch Melsbach, a. a. O. S. 57; Oertmann, a. a. O. S. 280, Krotoschin bei Kaskel, Koalitionen, S. 187 ff. und den selten praktisch gewordenen § 125 GewO.

[241]) Die Frage des mitwirkenden Verschuldens spielt hier eine geringe Rolle. Auch wenn der Streikbeschluß der Arbeitnehmer (bzw. ihres Verbandes) durch das Verhalten des Arbeitgebers ausschlaggebend beeinflußt worden ist, so bleibt dieser doch, falls er nicht rechtswidrig gehandelt hat, formell im Recht und ver-

II. Kampfhandlungen sind unerlaubte Handlungen, wenn sie entweder eines der in § 823 Abs. 1 BGB aufgezählten Rechte schuldhaft und rechtswidrig verletzen oder gemäß § 823 Abs. 2 gegen ein Schutzgesetz verstoßen oder nach § 826 einem anderen in sittenwidriger Weise vorsätzlich Schaden zufügen.

Der Streik als solcher ist ja nur eine Betätigung innerhalb der Sphäre des Unverbotenen. Er kann daher, mag er berechtigt oder unberechtigt sein, durch Beschränkung der Kampffreiheit den Tatbestand einer unzulässigen, aber niemals einer unerlaubten Handlung bilden, soweit er nicht gesetzlich verboten ist.[242]) [243]) Als unerlaubt kommen vielmehr nur einzelne Kampfhandlungen in Betracht, die anläßlich eines Streiks von den Arbeitnehmern begangen werden. Da die Arbeitsniederlegung als grundsätzlich rechtlich irrelevante Erscheinung des Arbeitskampfes keinen Einfluß auf die rechtliche Bewertung dieser Handlungen hat, kommen für ihre Beurteilung lediglich die allgemeinen Bestimmungen des § 823 und namentlich des § 826 BGB in Betracht.

Eine besondere Bedeutung hat die Einrichtung des Streikpostenstehens erlangt. Auch diese Kampfmaßnahme ist wie der Streik selbst nach überwiegender Ansicht als solche nicht unerlaubt; es dürfen bei ihrer Betätigung aber nicht durch Gewaltanwendung oder auf sonstige Weise unerlaubte Handlungen (z. B. Freiheitsberaubung, Nötigung) vorgenommen werden.[244]) [245]) —

Für den verursachten Schaden ist jeder Täter nach den allgemeinen Grundsätzen unbedingt persönlich haftbar. Er kann sich namentlich nicht darauf berufen, daß er im Auftrage eines Dritten, insbesondere

---

geht sich höchstens wider die Moral. Näheres s. Groh, a. a. O. S. 162 ff. und Krotoschin bei Kaskel, Koalitionen, S. 185 f.

[242]) So die herrschende Meinung in Literatur und Praxis (vgl. Lion-Levy, „Streik, Aussperrung und Boykott nach geltendem Rechte" in der NZfA, 1921, Sp. 530 ff. mit näheren Literaturangaben und RGZ, Bd. 51, S. 382 und Bd. 64, S. 52; a. M. Landgericht Görlitz, mitgeteilt in der NZfA, 1923, Sp. 458).

[243]) Unerlaubt würde der Streik aber sein, wenn er nicht Mittel im Arbeitskampfe zur Erlangung günstigerer Arbeitsbedingungen ist, sondern andere Ziele verfolgt, z. B. die Herbeiführung des Ruins des Gegners oder die Entlassung eines nicht oder anders organisierten Arbeiters (s. RGZ vom 8. 12. 22, mitgeteilt in NZfA, 1923, Sp. 321; vgl. aber auch RGZ vom 3. 5. 24, ebenda 1924, Sp. 635).

[244]) Vgl. Kaskel, a. a. O. S. 325, Weigert bei Kaskel, Koalitionen, S. 192 ff., Potthoff im „Arbeitsrecht", 1924, S. 269 sowie die Entscheidungen a) des Kammergerichts v. 15. 3. 22 (veröffentlicht im „Gewerbe- und Kaufmannsgericht", Jahrg. 28, Sp. 16), b) des Oberlandesgerichts Dresden v. 5. 3. 21 (abgedruckt i. d. Juristischen Wochenschrift, 1921, S. 760), c) des Oberlandesgerichts Frankfurt a. O. v. 20. 10. 21 (abgedruckt i. d. Jur. Woch., 1922, S. 307); s. Erdel, a. a. O. Blatt „Streikposten". —

[245]) Wegen der strafrechtlichen Bedeutung des Streikpostenstehens vgl. unten S. 86.

der Streikleitung, gehandelt habe. Mittäter, Anstifter oder Gehilfen haften nach § 830 BGB als Gesamtschuldner, jedoch wie bei der vertraglichen Haftung nur dann, wenn sie unmittelbar an der unerlaubten Handlung selbst teilgenommen haben. Verbandsorgane können ebenfalls als Täter oder Anstifter nur wegen der von ihnen selbst begangenen oder angeordneten Delikte herangezogen werden. Daneben sind sie aber auch für den Schaden verantwortlich, den eine von ihnen zu einer erlaubten Verrichtung (insbesondere zum Streikpostenstehen!) bestellte Person einem Dritten zufügt, falls die unerlaubte Handlung in Ausübung der Verrichtung erfolgte und das Verbandsorgan bei der Auswahl oder Überwachung nicht die erforderliche Sorgfalt beobachtet hat (§ 831 BGB).

Bestritten ist die außervertragliche Haftbarkeit der Berufsverbände für Streikschäden, wenn der Streik von ihnen inszeniert wurde.[246]) Das Problem hat, in der Literatur lebhaft erörtert, die Gerichte bisher nur wenig beschäftigt, da bei Friedensvereinbarungen in der Regel ausdrücklich die Klausel aufgenommen wird (bzw. durch Ausübung von Druck von seiten der Gewerkschaften aufgenommen werden muß), daß alle evtl. Schadensersatzansprüche gegen die Streikenden oder Verbände aus dem vorangegangenen Arbeitskampfe „abgegolten" sein sollen. — Soweit der Verband rechtsfähig ist, regelt sich seine Haftung für das Verschulden seiner gesetzlichen Vertreter nach § 31 BGB. Für die nichtrechtsfähigen Vereine, und das sind die Arbeitnehmerorganisationen durchweg, kommt in der Hauptsache[247]) nur der § 831 BGB in Frage.[248]) Unter diesem Gesichtspunkte betrachtet, läßt sich die Frage nunmehr dahin präzisieren, ob die Gesamtheit der Gewerkschaftsmitglieder nach §§ 54, 704 BGB für das deliktische Verhalten ihrer streikenden Genossen zivilrechtlich verantwortlich gemacht werden kann.

Auf die Voraussetzungen der Anwendung des § 831 BGB ist schon

[246]) Vgl. insbesondere Erdmann, „Streik und Gewerkschaftshaftung" in „Arbeitsrecht", 1922, S. 656 ff., Lion-Levy in der NZfA, 1921, Sp. 530 ff., Oertmann, „Zur Frage der Haftbarkeit der Berufsvereine", in der NZfA, 1921, S. 295, Zimmermann, „Die Haftung der Gewerkschaften für Streikschäden" in „Soziale Praxis", 1923, Heft 18 und 19, Kaskel, a. a. O. S. 236 u. a.

[247]) Ein praktisch ziemlich bedeutungsloser Fall anderweitiger Haftung — §§ 823, 826 und 830, Abs. 2, BGB — würde gegeben sein, wenn die Gewerkschaften in der Streikorder zu unerlaubten Handlungen aufgefordert und so einen adäquaten Kausalzusammenhang hergestellt hätten.

[248]) Für eine analoge Anwendung des § 31 BGB ist nach herrschender Lehre kein Raum, da der Vorstand des nicht rechtsfähigen Vereins nicht als sein gesetzlicher Vertreter angesehen werden kann; a. M. Oberlandesgericht Hamburg (Jur. W., 1924, S. 1882) im Anschluß an eine Entscheidung des OLG Düsseldorf (Rechtsprechung, 1922, S. 116), das eine gewohnheitsrechtliche Entwickelung nachzuweisen versucht, nach der ganz allgemein bei Anerkennung eines Verbandsvermögens auch die Möglichkeit eines Zugriffs auf dasselbe wegen Handlungen der zur Verwaltung berufenen Organe gegeben werden soll (dagegen insbesondere Hoeniger in der Jur. W., 1924, S. 1882 ff.).

bei der Prüfung der Haftungsmöglichkeit der Verbandsorgane eingegangen worden. Hier wäre noch nachzutragen, daß in organisierter Weise aufgestellte Streikposten ohne Zweifel zu einer „Verrichtung" bestellt sind. Ob Ausschreitungen dieser Beauftragten als in Ausführung der übertragenen Verrichtungen oder nur bei dieser Gelegenheit erfolgt anzusehen sind, ist nicht immer zweifelsfrei festzustellen. Ein gelegentlich des Postendienstes ausgeführter Diebstahl würde selbstverständlich den Auftraggeber nicht zum Schadensersatz verpflichten. Hingegen wäre die Haftung bei von Streikposten begangenen Körperverletzungen vorwiegend zu bejahen. Mit Gewalttätigkeiten und leichteren Ausschreitungen wird eine Streikleitung in der Regel rechnen müssen, sie sind erfahrungsgemäß so häufige Begleiterscheinungen, daß a priori keinerlei Vermutung für eine gelegentlich der Streiktätigkeit begangene Handlung besteht. Man wird deshalb in vielen Fällen zwischen der Streikpostenbestellung und den Gewalttätigkeiten einen adäquaten Kausalzusammenhang annehmen dürfen. — Eine weitere, und zwar die bedeutsamste Voraussetzung für eine Haftbarkeit aus § 831 BGB liegt in dem Mißlingen des Exkulpationsbeweises. Der nicht rechtsfähige Verband haftet nach § 831 BGB grundsätzlich für jeden widerrechtlichen Schaden, den seine Organe (Vorstand, Streikleitung) in Ausübung ihrer Obliegenheiten einem Dritten zufügen. Die Ersatzpflicht tritt jedoch nicht ein, wenn „bei der Auswahl der bestellten Person ... die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet" worden ist. Den Entlastungsbeweis hat der Verband zu erbringen. Er genügt jedoch nicht, sofern unerlaubte Handlungen der Streikposten in Frage stehen. Hier muß ein neuer Nachweis über das ordnungsmäßige Verhalten der Organe geführt werden. Die Haftung eines Verbandes tritt in diesem Falle also nur dann nicht ein, wenn dieser in der Auswahl seiner Organe und die Organe wiederum in der Auswahl der Streikposten die vom Gesetzgeber geforderte Sorgfalt beobachtet haben.

III. Häufig geraten Arbeiter gelegentlich eines Streiks mit den Strafgesetzen in Konflikt. Nach der hier vertretenen Ansicht sind bei der Ausübung der Streikfreiheit die bestehenden Gesetze stets zu befolgen. Das gilt für das Zivil- wie für das Strafrecht. Eine nach dem Gesetz strafbare Handlung kann darum nicht straffrei bleiben, weil sie das Mittel zur Förderung der Koalitionszwecke bildet.[249])

Nach Aufhebung des § 153 GewO[250]) über die Straffreiheit des Koalitionszwanges und der landesrechtlichen Vorschriften über die Bestrafung des Kontraktbruches sowie der Koalitionsbildung von Landarbeitern und Dienstboten[251]) besteht gegenwärtig als einziges Sonder-

[249]) Vgl. auch RGStr, Bd. 21, S. 114, 120.
[250]) s. hierüber Roeckner, a. a. O. S. 23 ff.
[251]) Vgl. ebenfalls Roeckner, a. a. O. S. 120 ff.

strafgesetz für Arbeitskämpfe die Notverordnung des Reichspräsidenten vom 10. 11. 1920 betr. die Stillegung gemeinnötiger Betriebe, die gewisse Kampfhandlungen zur Führung eines unzulässigen[252]) Arbeitskampfes unter Strafe stellt.[253])

Die Bestimmungen des allgemeinen Strafrechts gelten daneben in gleichem Maße wie vor dem staatspolitischen Umschwunge. — Man wird mit Kaskel[254]) der besseren Klarheit und Übersicht halber Kampfhandlungen, die lediglich aus Anlaß eines Arbeitskampfes vorgenommen werden können, von denen zu trennen haben, die einen begriffsnotwendigen Bestandteil dieses Kampfes selbst bilden. Die erste Gruppe umfaßt alle Delikte, die als solche strafbar sind, d. h. deren Charakter als strafbare Handlung nicht durch ihre Begehung anläßlich eines Arbeitskampfes bedingt sind. Sie bedürfen keiner näheren Erörterung; für den Streik kommen hier namentlich Beleidigung, Körperverletzung, Freiheitsberaubung und Sachbeschädigung in Betracht.[255])

Ob Handlungen, die begriffsnotwendig zum Arbeitskampf gehören, in dieser ihrer Eigenart gegen ein Strafgesetz verstoßen, ist bezüglich der Aufforderung zum Streik (1), der Androhung eines Streikes (2) und des Streikpostenstehens (3) sehr bestritten.

1. § 110 StGB bestraft den, der „öffentlich vor einer Menschenmenge ... zum Ungehorsam gegen Gesetze ... auffordert". Das Reichsgericht hat in einer Reihe grundlegender Entscheidungen[256]) den Standpunkt vertreten, daß diese Strafvorschrift auch dann zur Anwendung kommen müsse, wenn Arbeitnehmer ihre noch arbeitenden Berufsgenossen zur Unterbrechung der Tätigkeit entgegen den Bestimmungen des noch bindenden konkreten Arbeitsvertrages und zum

[252]) Der Arbeitskampf ist nach dieser Verordnung für die von ihr betroffenen Betriebe erst zulässig, wenn der zuständige Schlichtungsausschuß einen Schiedsspruch gefällt hat und seit der Verkündung des Schiedsspruches mindestens 3 Tage vergangen sind. Zuwiderhandlungen werden mit Strafe (Geldstrafe oder Gefängnis) bedroht. S. auch oben S. 69.

[253]) Daneben sind eine Reihe von Verordnungen zu erwähnen, die vorwiegend die Verhütung des Streiks oder seine Unschädlichmachung bezwecken (Bestimmungen über Arbeitswilligenschutz, Maschinenschutz u. a.) und sich in richtiger Erkenntnis der Tatsache, daß Streikverbote nicht gut Gegenstand einer Regelung durch die Gesetzgebung sein können, sondern eine wirtschaftliche Machtfrage darstellen, damit begnügen, die Aufhetzung zum Streik ohne Strafandrohung zu verbieten; vgl. die Verordnungen des Reichspräsidenten vom 13. 1. 20 (RGBl S. 207), und vom 29. 1. 20 (RGBl S. 105), sowie die Verordnungen des Befehlshabers des Wehrkreises III in Berlin vom 25. 10. 23 und 19. 11. 23 und die Verordnung des Generals Seeckt vom 11. 1. 23. — Ob bei Zuwiderhandlungen gegen diese Verbote eine Schadensersatzpflicht aus § 823 BGB begründet ist, wird m. E. bezüglich Abs. 1 insoweit unbedenklich zu bejahen sein, als es sich um Streiks in solchen Betrieben handelt, deren Einstellung eines der in dieser Vorschrift ausdrücklich hervorgehobenen Schutzobjekte berührt (Schädigung des Lebens und der Gesundheit durch Wassermangel, evtl. auch durch Gas- und Elektrizitätsmangel, z. B. in Krankenhäusern). Daneben sind die erwähnten Bestimmungen aber auch Schutzgesetze im Sinne des § 823, Abs. 2; denn sie haben den Zweck, die Allge-

Anschluß an den Streik auffordern. Diese in ihre Allgemeinheit anscheinend dem Rechtsempfinden weitester Volkskreise widersprechende Auffassung wird aber vom Reichsgericht unter Berücksichtigung der besonderen Eigenart des § 110 in m. E. überzeugender Weise klargestellt. Gegenstand des strafrechtlichen Schutzes dieser Bestimmung ist die Autorität des Gesetzes; der Staat hat ein „öffentliches Interesse daran, daß nicht die Achtung vor dem Gesetze und vor der Autorität der Obrigkeit erschüttert, der gesetzliche Sinn im Volke untergraben und dadurch Veranlassung zu Störungen der Rechtsordnung gegeben werde".[257]) Die in diesen Worten klar zum Ausdruck gebrachte Aufgabe des § 110 beschränkt sich jedoch keineswegs, wie verschiedentlich behauptet worden ist,[258]) auf den Schutz strafrechtlicher Normen; die Achtung vor dem Gesetze kann auch durch die öffentliche Aufforderung, gewisse zivilrechtliche Pflichten nicht zu erfüllen, schwer gefährdet werden. Der strafrechtliche Ungehorsam gegen das Gesetz besteht aber nicht, wie das Reichsgericht mit Recht einschränkend ausführt, in der Verletzung der zivilrechtlichen Verpflichtungen schlechthin, sondern in dem Verhalten, das sich bewußt und gewollt gegen das Gesetz selbst richtet.[259]) Nicht ein konkretes vertragswidriges Verhalten, nicht eine vereinzelte deliktische Unbotmäßigkeit gegen eine Rechtsnorm sind Voraussetzung des § 110, sondern die Aufforderung zu einer vollständigen Mißachtung des Gesetzes, also der allgemeine Ungehorsam gegen die Pflicht der Botmäßigkeit schlechthin.

Demgegenüber betont die Kritik,[260]) daß es sich bei dem Vergehen nach § 110 nur um den Angriff auf solche Gesetze handeln könne, „die Gehorsam fordern" und stellt die Auslegung auf die Frage ab: Welchen Gesetzen kann Ungehorsam geleistet werden? Die zwiespältige

meinheit und damit auch ihre einzelnen Mitglieder gegen die durch den Streik in gemeinnötigen Betrieben erwachsenden Gefahren zu schützen. Den Arbeitgeber eines solchen Betriebes wird man jedoch nur in seiner Eigenschaft als Publikum, nicht in der als Betriebsinhaber zu den geschützten Gliedern der Allgemeinheit zählen dürfen.

[254]) Kaskel, a. a. O. S. 328 f.

[255]) Im einzelnen wären zu erwähnen die §§ 123 f., 188 ff., 223 ff., 239 ff., 253 ff., 303, 125 f., 110 ff. StGB sowie die auf Grund der Verordnung vom 28. 11. 21 (RGBl S. 1271) verbotene Veranstaltung von polizeilich nicht erlaubten Versammlungen, Aufzügen usw., oder die Teilnahme an solchen; ferner die nach § 107 a StGB (RGBl S. 296) strafbare Verhinderung oder Sprengung von nichtverbotenen Versammlungen, Aufzügen und Kundgebungen durch Gewalt oder Bedrohung mit einem Verbrechen. Gerade die letztgenannten neueren Strafbestimmungen sind für Arbeitseinstellungen von besonderer Wichtigkeit.

[256]) Vgl. RGStr Bd. 20, S. 63 und 150; 21, S. 102; 22, S. 185; 24, S. 189 a. a.

[257]) RGStr Bd. 20, S. 152.

[258]) S. unten.

[259]) S. RGStr Bd. 20, S. 68.

[260]) Vgl. insbesondere Loening, a. a. O., Frank, a. a. O. zu § 110, Binding, a. a. O. S. 849 u. a.

Auffassung der Gegenmeinung bezüglich dieser Frage und ihr unbefriedigendes Ergebnis zeigen am deutlichsten die rechtsirrige Auslegung der genannten Strafvorschrift. Nicht um den Schutz einzelner Rechtssätze handelt es sich hier, sondern um die Bestrafung des Ungehorsams, der in der Nichtachtung der staatlichen Autorität *jedes* Gesetzes zum Ausdruck kommt.

Der § 110 kann daher auch nur Anwendung finden, wenn der Zweck der öffentlichen Aufforderung in der Auflehnung gegen das Gesetz als solches besteht. Ist in dem Verhalten des Täters kein derartiger Angriff zu erblicken, so liegt lediglich ein straffloser Ungehorsam gegenüber vertraglichen Pflichten vor.[261]) Damit kann als generelles Ergebnis festgestellt werden, daß die Aufforderung zum Kontraktbruch im Lohnkampf in der Regel nicht Widerstand gegen die Staatsgewalt als Gesetzgeber ist, sondern die straflose Bekämpfung des konkreten Arbeitsvertragsverhältnisses bezweckt.[262])

2. Ist die Androhung eines Streikes zur Erlangung besserer Arbeitsbedingungen strafbar; kann sie als Erpressung im Sinne des § 253 StGB aufgefaßt werden? Das Reichsgericht hat diese Frage früher in ständiger Rechtsprechung bejaht und zwar ohne Unterschied, ob der Streik unter Vertragsbruch oder unter Einhaltung der Kündigungsfrist erfolgt war.[263])

Der § 253 bestraft denjenigen, der, „um sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, einen anderen durch Gewalt oder Drohung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt", wegen Erpressung. Nach der Auffassung des Reichsgerichts ist jeder Vermögensvorteil rechtswidrig, auf den der Täter keinen Rechtsanspruch hat.[264]) Eine Drohung zum Zwecke der Nötigung soll schon dann vorliegen, wenn jemand einem anderen für den Fall, daß er sich seinem Willen nicht fügt, ein Übel in dem Sinne in Aussicht stellt, daß der Ankündigende dessen Eintreten bewirken oder doch fördern werde. Da den Arbeitern bei Lohnforderungen ein An-

[261]) So auch Kaskel, a. a. O. S. 329.

[262]) Dieses Ergebnis entspricht auch durchaus dem Rechtsgefühl des Volkes. Besorgnis muß deshalb eine Entscheidung des Reichsgerichts (Bd. 20, S. 154) erregen, nach der zur Strafbarkeit gemäß § 110 das Bewußtsein des Täters ausreicht, daß er zur Verletzung eines Gesetzes auffordert. Würde das Reichsgericht diesen Standpunkt konsequent durchführen, so müßte es entgegen seiner grundsätzlichen Einstellung m. E. jede Äußerung eines nicht gerade völlig Rechtsunkundigen, die lediglich auf die Nichterfüllung einer konkreten Verpflichtung abzielt, für strafbar erachten. Da aber in der überwiegenden Mehrzahl die Aufforderungen zum Vertragsbruch von wohlinformierten Arbeiter- oder Streikführern ausgehen, würde ein solches Verhalten im strikten Gegensatz zu dem eingenommenen Standpunkt des Reichsgerichts fast immer strafrechtliche Folgen für die Täter nach sich ziehen.

[263]) Vgl. insbesondere Bd. 21, S. 114; ebenso Löwenfeld, „Kontraktbruch und Koalitionsrecht" im Arch. für soz. Gesetzgebung und Statistik, Bd. 3, S. 406.

[264]) S. Bd. 11, S. 114; 32, S. 333.

spruch auf die Lohnerhöhung nicht zusteht, und das Inaussichtstellen eines Streiks alle Merkmale einer Drohung enthält, so kommt das Reichsgericht dahin, auch auf die Arbeitskämpfe der Arbeiter den § 253 anzuwenden.

Diese Auffassung hat wegen ihrer gänzlich unbefriedigenden Ergebnisse in der Literatur eine überwiegende Ablehnung erfahren.[265]) Die Gesetzesanwendung des Reichsgerichts hat zur Folge, daß nicht nur durchaus verwerfliche, und nicht genug zu mißbilligende Handlungen, bei denen niemand daran denkt, sie als rechtsmäßig in Anspruch zu nehmen, als Erpressung bestraft werden, sondern daß auch solche Maßnahmen infamierende Strafen nach sich ziehen, die moralisch ein unanfechtbares Verhalten darstellen, und die rechtlich denkende Menschen täglich ungestraft vornehmen. Mutet es nicht geradezu widersinnig an, daß beispielsweise ehrbare Arbeiter, die bislang für einen Hungerlohn gearbeitet haben und sich nach ergebnislosen friedlichen Verhandlungen durch Androhung der Arbeitsniederlegung von ihrem hartherzigen Arbeitgeber das notwendige Existenzminimum erzwingen wollen, wegen Erpressung ins Gefängnis geworfen werden, wo doch der Staat die angedrohte Tat selbst als wirtschaftliches Kampfmittel reichsgesetzlich für straffrei erklärt hat?

Es mag dahingestellt bleiben, ob diese höchstrichterliche Auslegung des § 253 z. Zt. der ergangenen Entscheidungen juristisch richtig war. Sie ist, wie Kaskel[266]) mit Recht ausführt, durch die neuere Entwickelung überholt und gegenstandslos geworden. Im Laufe des letzten Jahrzehnts hat sich in allen beteiligten Kreisen unter dem Eindruck der ausdrücklichen Zulassung des Streiks durch den § 152 GewO auch die Überzeugung von der rechtlichen Zulässigkeit und Straflosigkeit der Streikandrohung so fest eingewurzelt, daß trotz der scharfen Gegensätze zwischen beiden kämpfenden Gruppen niemals diesbezügliche Strafanträge gestellt wurden; auch in der Praxis der Strafgerichte sind seit einer Reihe von Jahren weder Anklagen seitens der Staatsanwaltschaft noch Verurteilungen aus diesem Grunde erfolgt, obwohl in der Zeit der hinter uns liegenden starken wirtschaftlichen Kämpfe Streikandrohungen fast täglich erfolgten und die Staatsanwaltschaft nach dem bis vor kurzem festen Legalitätsprinzip zur Erhebung einer Anklage verpflichtet gewesen wäre. Diese allgemeine Tatsache führt zu dem Schluß, daß die frühere Rechtsprechung des Reichsgerichts ihre Bedeutung verloren hat und, da alle Voraussetzungen gegeben sind, die Strafbarkeit der Streikandrohung durch derogatives Gewohnheitsrecht beseitigt ist.[267])

[265]) Vgl. namentlich Frank, a. a. O. zu § 253 mit näheren Literaturangaben.
[266]) a. a. O. S. 329.
[267]) Dagegen ist die Drohung mit Einstellung der Notstandsarbeiten bei Nichterfüllung der Forderungen der Streikenden nach wie vor strafbar, da hier durch ein planmäßiges, auf Verhinderung dieser Arbeiten gerichtetes Vorgehen die Fern-

3. Eine Strafbarkeit von Handlungen, die begriffsnotwendig zum Arbeitskampf gehören, kann schließlich auch für das Streikpostenstehen in Frage kommen. Das Reichsgericht hat diese Kampfmaßnahme in früheren Entscheidungen ohne jede Einschränkung als groben Unfug nach § 360 Ziff. 11 StrGB bestraft.[268])

Unter Unfug ist seinem Wortsinne nach ein unpassendes, ungebührliches und unvernünftiges Tun zu verstehen, ein Verhalten, das eines verständigen Mannes unwürdig ist.[269]) Die Praxis war eine Zeitlang der Auffassung, daß die Etymologie die maßgebliche Grundlage für die begriffliche Klarstellung des groben Unfugs sei und verfolgte jedes wider Fug und Recht geschehene Handeln unter diesem Gesichtspunkte. Sie gestaltete damit den groben Unfug zu einem subsidiären Delikt aus und umging auf diese Weise den strafrechtlichen Grundsatz nulla poena sine lege (§ 2 StGB). Die neuere Rechtsprechung hat sich dem begründeten Widerspruch in der Literatur[270]) nicht verschlossen und fordert nunmehr zum Begriff des groben Unfugs eine Handlung, die den äußeren Bestand der öffentlichen Ordnung stört oder gefährdet und dadurch geeignet ist, das Publikum unmittelbar erheblich zu belästigen.[271]) Eine derartige Störung oder Gefährdung liegt aber vor, wenn die äußerlich erkennbaren Beziehungen von Personen oder Sachen zueinander in einem Gegensatz zur Sitte, namentlich in der Richtung des Anstands und der Verkehrssicherheit, gebracht sind bezw. die Herbeiführung eines solchen Gegensatzes unmittelbar zu besorgen ist.[272]) Als Belästigung kommt grundsätzlich nur die physische Beunruhigung des Publikums in Betracht.[273]) Sie muß unmittelbar eintreten, also namentlich nicht durch die späteren Folgen der Tat hervorgerufen sein.

Diese Klarstellung des Begriffs des groben Unfugs hat auch die Strafbarkeit des Streikpostenstehens in ein anderes Licht gerückt. Ist mit dieser Kampfmaßnahme keine oder nur eine psychische Beunruhigung der Öffentlichkeit verbunden, so zieht sie keine strafrechtliche Folgen mehr für die Täter nach sich. Äußert diese Handlung weit über

haltung Arbeitswilliger bezweckt wird (vgl. RGStr v. 16. 12. 20, mitgeteilt in der RZfA 1921, Sp. 352).

[268]) Vgl. Bd. 10, S. 304.

[269]) Grimm, „Deutsches Wörterbuch", Bd. 4, Abt. I, S. 372, von Lilienthal in Holtzendorffs Rechtslexikon, B. 3, über „Unfug"; s. auch Frank, a. a. O. zu § 360, Ziff. 11 u. a.

[270]) Vgl. insbesondere Müller „gegen den groben Unfug in der heutigen Rechtsprechung", 1895, und Frank, a. a. O. mit näheren Literaturangaben.

[271]) RGStr Bd. 31, S. 185 (191), 32, S. 100 und 34, S. 425.

[272]) Frank, a. a. O.

[273]) Zahlreiche Schriftsteller sehen eine psychische Belästigung als genügend an (so z. B. Binding, a. a. O. Bd. 1, S. 191). Das wird in dieser Allgemeinheit abzulehnen sein. Richtig m. E. Olshausen, Kommentar zu § 360 e, γ, Anm. 3: „Eine psychische Belästigung genügt nur, wenn sie zugleich eine physische ist (Schrecken, Angst)."

die Kreise der zunächst beteiligten Personen hinaus Wirkungen, durch die die öffentliche Ordnung erheblich gestört oder gefährdet erscheint und das Publikum als solches in hohem Maße belästigt wird, so ist der Tatbestand des groben Unfugs gegeben.[274])

§ 14.

Schlußbetrachtung.

Die Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist mit der abschließenden Erörterung der Rechtsfolgen des Streiks beendigt. Das Ergebnis zeigt, daß die Hoffnungen und Wünsche eines großen Teils der arbeitnehmenden Bevölkerung nicht in Erfüllung gegangen sind; die republikanische Gesetzgebung hat an dem bestehenden Rechtszustande nichts geändert. Es gibt also nach wie vor kein subjektives Streikrecht! An dieser feststehenden und, wie schon erörtert wurde, auch durchaus zu begrüßenden Tatsache vermögen auch die entschiedensten Gegner der hier vertretenen Auffassung nichts mehr zu ändern. Das zeigt ganz offensichtlich ein Blick auf die seit dem Inkrafttreten der Reichsverfassung erfolgte und voraussichtlich noch weiterschreitende rechtliche Entwickelung der wirtschaftlichen Kampfmittel: Die in den letzten Jahrhunderten mehr oder weniger stark zum Ausdruck gekommene koalitionsfeindliche Einstellung der staatlichen Gesetzgebung war mit der Revolution von 1918 zum Abschluß gekommen. In den folgenden Jahren vermied der Staat zunächst jegliche Einmischung in die vorwiegend von den Berufsvereinen geführten Arbeitskämpfe und bewahrte in dem zeitweilig überaus heftigen sozialen Kriege zwischen Kapital und Arbeit beobachtende Neutralität. Die willkürliche Ungebundenheit in der Anwendung von Kampfmitteln und die zahlreichen Auswüchse des sozialen Faustrechts führten jedoch bald zur unvermeidlichen Reaktion. Die stets wachsende Erkenntnis, daß insbesondere Streik und Aussperrung oft nicht so sehr gegen die bekämpfte Vertragspartei als gegen die Gesamtheit wirken, veranlaßte in verstärktem Maße Staat und Berufsvereinigungen, die Regelung der Gesamtarbeitsstreitigkeiten aus der Sphäre des wirtschaftlichen Machtkampfes in Bahnen friedlicher Auseinandersetzung hinüberzuleiten. Der weitere Ausbau behördlicher und tariflicher Schlichtungsstellen, Arbeitertarifgesetz, Schiedsgerichte und gemeinsame Beratungen der korporativ zusammengeschlossenen Unternehmer und Arbeiterschaften lassen so immer deutlicher die Tendenz erkennen, durch allmähliche Einschränkung der freien Anwendbarkeit der Koalitionsmittel, und damit auch der Streikfreiheit, den Weg zum sozialen Frieden zu finden, ein Bestreben, das nicht nur im Interesse der Arbeitnehmer wie Arbeitgeber, sondern insbesondere im Interesse der Wohlfahrt des gesamten Volkes liegt.

[274]) So auch Frank, a. a. O. zu § 360, Ziff. 11 StGB.